

Der Einfluß der modernen Arbeitsgesetzgebung
auf die Geltung der bergrechtlichen Vorschriften
über die Arbeitsordnung

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Vorgelegt von

H A N S R E I C H

aus Dortmund

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555204_0051

Der Einfluß der modernen Arbeitsgesetzgebung
auf die Geltung der bergrechtlichen Vorschriften
über die Arbeitsordnung

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Vorgelegt von

H A N S R E I C H

aus Dortmund



1963

1. Berichterstatter : Prof. Dr. Boldt
2. Berichterstatter : Prof. Dr. Brox
Dekan : Prof. Dr. Schelsky
Tag der mündlichen Prüfung : 25. Januar 1963



Inhaltsübersicht

Einleitung	Seite
§ 1: Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Bergrechts und des Bergarbeitsrechts in Deutschland bis zum Erlass des Allgemeinen Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 24. Juni 1865	1
A. Die geschichtliche Entwicklung des Bergrechts	1
I. Das Berggewohnheitsrecht als Quelle des heutigen Bergrechts	1
II. Das Recht der Bergordnungen des 15.-19. Jahrhunderts	2
III. Die Berggesetzgebung des 19. Jahrhunderts in Preussen	4
B. Die geschichtliche Entwicklung des Bergarbeitsrechts	6
§ 2: Das Recht der Arbeitsordnung nach dem ABG und seine Problematik	7
A. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	7
B. Das Recht der Arbeitsordnung nach den §§ 80a ff ABG	8
C. Die Problemstellung	9
<u>I. Kapitel:</u> Der Einfluss der nationalsozialistischen Gesetzgebung auf die Geltung der §§ 80a ff ABG =====	
§ 3: Der Einfluss des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)	10
A. Aufgabe und Zweck des AOG	10
B. Die Geltung der §§ 80a ff ABG nach dem Erlass des AOG	10
I. Überblick über die in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen	11
1. Die Auffassung von Ebel	11
2. Die Auffassung von Krell	12
3. Die Auffassung von Dapprich	12
4. Die Auffassung von Boldt	13
II. Art. 13 WV als Grundlage für die Beurteilung des Einflusses des AOG	15

	<u>Seite</u>
III. Ziel und Methodik der Gesetzesauslegung	16
IV. Art und Umfang der Weitergeltung der §§ 80a ff ABG nach § 27 AOG	19
1. Die Weitergeltung der in den §§ 80a ff ABG enthaltenen bergbaulichen Sondervorschriften über die Arbeitsordnung	20
2. Die Weitergeltung der in den §§ 80a ff ABG enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitsordnung	20
a) Das bewusste Schweigen des Gesetzgebers über die Fortgeltung der §§ 80a ff ABG	21
b) Der Grund für das Schweigen des Gesetzgebers und die hieraus zu ziehenden Folgerungen	24
c) Die Einschränkung der materiellen Gültigkeit der §§ 80a ff ABG durch § 27 Abs. 2 AOG	25
§ 4: Die Nichtanwendung der §§ 80a ff ABG während der Geltungsdauer des AOG und ihre Auswirkung auf die formelle Gültigkeit der bergrechtlichen Vorschriften	29
 <u>II. Kapitel:</u> Der Einfluss der Kontrollratsgesetzgebung auf die Geltung der §§ 80a ff ABG =====	
§ 5: Der Einfluss des Kontrollratsgesetzes Nr. 22	31
A. Zweck und Wesen des KRG Nr. 22	31
B. Der Einfluss des KRG Nr. 22	32
I. Die Regelung des Rechts der Arbeitsordnung nach dem KRG Nr. 22	32
II. Die Vereinbarkeit der §§ 80a ff ABG mit dem KRG Nr. 22	34
§ 6: Der Einfluss des Kontrollratsgesetzes Nr. 40	36
A. Überblick über die in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen	37
B. Die Geltung der §§ 80a ff ABG nach der Aufhebung des AOG	38

I. Wesen und Folgen der Aufhebung eines Gesetzes	38
II. Wesen und Folgen der Einschränkung der materiellen Gültigkeit eines Gesetzes	39
 <u>III. Kapitel:</u> Der Einfluss des Betriebsverfassungsgesetzes - BetrVG - auf die Geltung der §§ 80a ff ABG =====	
§ 7: Der Zweck des BetrVG und sein Rangverhältnis zum ABG	41
A. Der Zweck des BetrVG	41
B. Das Rangverhältnis des ABG zum BetrVG	42
I. Das ABG als Landesrecht	42
II. Die Regelung des Verhältnisses von Landesrecht zu Bundesrecht nach Art. 31 GG	42
1. Die Auslegung des Art. 31 GG in der Rechtslehre	45
2. Der sachliche Geltungsbereich des Art. 31 GG	46
a) Die Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG	47
b) Der aus der Entstehungsgeschichte folgende Zweck des Art. 31 GG	48
c) Das Verhältnis des Art. 31 GG zu Art. 142 GG	49
d) Die Tragweite des Art. 31 GG	50
III. Ergebnis	50
§ 8: Untersuchung der Gültigkeit der einzelnen Vorschriften der §§ 80a ff ABG	50
A. Der Erlass der Arbeitsordnung	50
I. Die Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung	50
1. Das Verhältnis des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu § 90 BetrVG	51

	<u>Seite</u>
a) Der Begriff "Betriebsrätereht" in § 90 BetrVG	51
b) Der Zweck des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG	53
2. Die Vereinbarkeit des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG mit § 56 BetrVG	56
a) Die Regelung des Erlasses einer Arbeitsordnung nach § 56 BetrVG	57
b) Die Notwendigkeit des Erlasses ei- ner Arbeitsordnung im Bergwerksbe- trieb	58
aa) Die Einschränkung des in § 56 BetrVG enthaltenen Grund- satzes der Freiwilligkeit	59
bb) Die Unanwendbarkeit des Grund- satzes der Freiwilligkeit im Bergbau	61
3. Die vom Bergwerksbesitzer im Rahmen des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu treffen- den Massnahmen	66
a) Der Erlass der Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb mit Betriebsver- tretung	67
b) Der Erlass der Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb ohne Betriebs- vertretung	67
c) Der Erlass der Arbeitsordnung im Wege des Tarifvertrages	70
d) Die Folgen des Nichterlasses der Arbeitsordnung für den säumigen Bergwerksbesitzer	76
II. Der Erlass besonderer Arbeitsord- nungen für einzelne Betriebsabteilungen	77
III. Die Befreiung von dem Erlass einer Ar- beitsordnung	78
B. Die Rechtswirkungen der Arbeitsordnung	80
C. Der Inhalt der Arbeitsordnung	83
I. Der obligatorische Inhalt der Ar- beitsordnung	83
II. Die Ergänzungsvorschriften zu § 80 b ABG	84
III. Der fakultative Inhalt der Arbeitsordnung	85

Seite

D. Form, Bekanntmachung und Inkrafttreten der Arbeitsordnung	86
I. Die Form der Arbeitsordnung	86
II. Die Bekanntmachung der Arbeitsordnung	88
III. Das Inkrafttreten der Arbeitsordnung	89
E. Die Abänderung der Arbeitsordnung	90
F. Arbeitsordnung und Bergbehörde	91
G. Ergebnis	92

Schlussbetrachtung
=====

§ 9: Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung	93
§ 10: Die Regelung des Rechts der Arbeitsordnung im Lande Nordrhein-Westfalen	94
§ 11: Die Problematik einer Neugestaltung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts	96

Literaturverzeichnis

- Anschütz Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933
- Arndt Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Kommentar, Berlin - Leipzig 1927
- Bartholomeyczik Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt a.M. 1951
- Bescheid des Reichsarbeitsministers (III A 6264) vom 19.9.1924, erteilt an das Sächsische Arbeits- und Wohlfahrtsministerium.
in: Das Schlichtungswesen, 6. Jahrg. (1924), Sp. 171
- Boldt Das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 in der gegenwärtig geltenden Fassung und die bergrechtlichen Nebengesetze, 1.-3. Aufl., Münster 1948
- Staat und Bergbau. Der Einfluss des Staates auf die rechtliche Gestaltung und wirtschaftliche Struktur des westdeutschen Bergbaus, München - Berlin 1950
- Das Recht des Bergmanns unter besonderer Berücksichtigung des Ruhrbergbaus, 3. Aufl. unter Mitw. von Dr. Natzel, Tübingen 1960
- Sind die Vorschriften über die Arbeitsordnung in den deutschen Berggesetzen, insbesondere §§ 80a ff. Pr. ABG noch rechtswirksam?
in: Festschrift für Wilhelm Herschel, S. 55 ff., Stuttgart 1955
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz von H.J. Abraham, O. Bühler, B. Dennewitz u.a., Hamburg 1950 ff.
- Bovensiepen Zur Frage der Mitbestimmung nach § 56 Abs. 1 Buchstabe g BetrVG, in: Arbeit und Recht, 2. Jahrg. (1954), S. 204 ff.

- Brecht Die Bekanntmachung der Betriebsvereinbarung als Voraussetzung ihrer Wirksamkeit,
in: Der Betriebs-Berater, 7. Jahrg. (1952), S. 520
- Brockhoff Betrachtungen über die Entwicklung des Bergrechts in Deutschland,
in: Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 94, S. 83 ff.
- Citron Die konstituierende Betriebsvereinbarung,
in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 3. Jahrg. (1948), S. 425 ff.
- Crone Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nebst Parallelvorschriften und das bisherige Recht. Systematische Darstellung,
München - Berlin - Leipzig 1934
- Dapprich Leitfaden des Bergrechts und anderer für den Bergbau wichtiger Rechtsgebiete mit Gesetzestexten,
2. Aufl., Essen 1950
- Das geltende Bergrecht,
in: Bergbau-Rundschau 1. Jahrg. (1949), S. 30 ff.
- Zuständigkeit des Bundes und der Länder auf dem Gebiet der Berggesetzgebung und -verwaltung,
in: Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 91, S. 462 ff.
- Die Einwirkung des Betriebsverfassungsgesetzes auf das Allgemeine Berggesetz,
in: Glückauf, 89. Jahrg. (1953), S. 363 ff.
- Zur Frage der Weitergeltung der berggesetzlichen Vorschriften über die Arbeitsordnung,
in: Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 97, S. 105 ff.
- Dennewitz Das Bonner Grundgesetz und die westdeutschen Länderverfassungen,
in: Die Öffentliche Verwaltung, 2. Jahrg. (1949), S. 341 ff.
- Dietz Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 6. Aufl., München - Berlin 1960

- Dietz Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar, 3. Aufl., München-Berlin 1960
- Die Betriebsvereinbarung im heutigen Arbeitsrecht,
in: Recht der Arbeit, 2. Jahrg.
(1949), S. 161 ff.
- Der Anspruch auf Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG,
in: Festschrift für H.C. Nipperdey,
S. 147 ff., München - Berlin 1955
- v. Doemming - Füsslein
- Matz Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministers des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates bearbeitet,
Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart; Neue Folge, Bd. 1
- Draht Über die Zulässigkeit Deutscher Betriebsrätegesetze und die Gewährung eines Mitbestimmungsrechts,
in: Recht der Arbeit, 1. Jahrg.
(1948), S. 130 ff.
- Ebel Preussisches Allgemeines Berggesetz nebst Nebengesetzen und wichtigen, den Bergbau betreffenden Bestimmungen,
Berlin 1944
- Ebermayer - Lobe
- Rosenberg Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts,
4. Aufl., Berlin - Leipzig 1929
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd.,
15. Aufl., Tübingen 1959
- Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung einzelner Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 nebst Begründung. Drucksache des Hauses der Abgeordneten Nr. 99, 17. Legislaturperiode, IV. Session 1892

- Erdmann
Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952, erläutert für die Betriebspraxis, 2. Aufl., Neuwied a.Rhein 1954
- Aktuelle Fragen zur Betriebsordnung,
in: Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 3. Jahrg. (1948), S. 203 ff.
- Erdmann - Leydhecker
ABC des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung. Handlexikon, 2. Aufl., Berlin - Neuwied a.Rhein 1950
- Feig - Sitzler
Betriebsrätegesetz, Betriebsbilanzgesetz und Aufsichtsratsgesetz. Kommentar, 13. und 14. Aufl., Berlin 1931
- Feldmann - Geisel
Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954
- Fittig - Kraegeloh
- Auffahrt
Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung. Kommentar, 6. Aufl. Berlin - Frankfurt a.M. 1962
- Flatow
Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 nebst Wahlordnung, Ausführungsverordnungen und Ergänzungsgesetzen. Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1927
- Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung. Eine arbeitsrechtliche Studie, 2. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig 1923
- Flatow/Kahn - Freund
Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920. Kommentar, 13. Aufl., Berlin 1931
- Frank
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 18. Aufl., Tübingen 1931
- Galperin
Grundlagen und Grenzen der Betriebsvereinbarung,
in: Der Betriebs-Berater, 4. Jahrg. (1949), S. 374 ff.
- Betriebsvereinbarung und Arbeitsbedingungen,
in: Der Betriebs-Berater, 5. Jahrg. (1950), S. 25 ff.

- Galperin - Siebert Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1958
- Giese Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1955
- Staatsrecht. Grundlagen - Deutsche Verfassungen - Ausländische Verfassungssysteme, Wiesbaden 1956
- Giese - Schunck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1960
- Grewe Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, in: Deutsche Rechts-Zeitschrift, 4. Jahrg. (1949), S. 349 ff.
- Gross Verfassungshoheit und Homogenität im Bundesstaat, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1950, S. 5 ff.
- Hamann Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Neuwied 1956
- Heck Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: Archiv für die Civilistische Praxis, 112. Bd., S. 1 ff.
- Hellwig Die Arbeitsordnung in gewerblichen Betrieben ohne Betriebsvertretung, in: Das Schlichtungswesen, 14. Jahrg. (1939), Sp. 282 ff.
- Herschel Betriebsvereinbarung oder Betriebssatzung in: Recht der Arbeit, 1. Jahrg. (1948), S. 47 ff.
- Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts, in: Recht der Arbeit, 9. Jahrg. (1956), S. 161 ff.
- Hessel Die Betriebsordnung nach § 56 Betriebsverfassungsgesetz, in: Der Betrieb, 6. Jahrg. (1953), S. 801 ff.

- Hueck, A. Das Recht der Gratifikation,
in: Blätter für Steuerrecht, Sozial-
versicherung und Arbeitsrecht,
4. Jahrg. (1949), S. 13 ff.
- Hueck, A. - Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
II. Bd.: Kollektives Arbeitsrecht
von H.C.Nipperdey,
3.-5.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig
1932
6.Aufl., Berlin - Frankfurt a.M.
1957
- Hueck, A. - Nipperdey-Dietz Gesetz zur Ordnung der nationalen
Arbeit und Gesetz zur Ordnung der
Arbeit in öffentlichen Verwaltungen
und Betrieben.
Kommentar, 4. Aufl., München -
Berlin 1943
- Hueck, G. Die Betriebsvereinbarung. Wesen -
Inhalt - Wirkung,
Münster - Köln 1952
- Die Betriebsvereinbarung nach dem
Betriebsverfassungsgesetz des Bun-
des,
in: Recht der Arbeit, 5.Jahrg.
(1952), S. 366 ff.
- Isay Entwurf eines Bundesberggesetzes,
München und Berlin 1954
- Kastner Das Recht der Betriebsvereinbarung.
Bei Bührig: Handbuch der Betriebs-
verfassung, S. 87 ff., Köln 1953
- Kieschke-Syrup Betriebsrätegesetz vom 4. Februar
1920. Kommentar, 6.Aufl. bearb. von
Krause, Berlin 1928
- Klotz Die Arbeitsordnung im arbeitsord-
nungspflichtigen betriebsvertre-
tungslosen Betrieb,
in: Arbeitsrecht, 14.Jahrg. (1932),
Sp. 398 ff.
- Koch Die Arbeitsordnung. Muster und Er-
läuterungen,
2. Aufl., Heidelberg 1957
- Kraegeloh Mitwirkung und Mitbestimmung des
Betriebsrats in sozialen Angele-
genheiten,
in: Der Betrieb, 5. Jahrg. (1952),
S. 950 ff.

- Krell Arbeitsordnung und Allgemeines
 Berggesetz,
 in: Bergbau-Rundschau, 1.Jahrg.
 (1949), S. 82
- Küchenhoff Betriebsverfassungsgesetz, Kommen-
 tar,
 Münster 1954
- Lange BGB, Allgemeiner Teil. Ein Studien-
 buch, 5. Aufl.,
 München - Berlin 1962
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
 Gesetzbuches, 13. Aufl.,
 Berlin 1962
- Leydhecker Die Arbeitsordnung,
 in: Blätter für Steuerrecht, Sozial-
 versicherung und Arbeitsrecht,
 3. Jahrg. (1948), S. 69 ff.
- Lippoldes Betrieb ohne Betriebsvertretung.
 Bonner Dissertation,
 Borna - Leipzig 1930
- Löwisch Regelung sozialer Angelegenheiten
 in Betrieben ohne Betriebsrat,
 in: Der Betriebs-Berater, 16.Jahrg.
 (1961), S. 1200 ff.
- Loppuch Kommentar zum Betriebsrätegesetz,
 Düsseldorf 1948
- v. Mangoldt Das Bonner Grundgesetz. Kommentar,
 Berlin - Frankfurt a.M. 1953
- v. Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
 2. Aufl. Berlin - Frankfurt a.M.
 1957 f.
- Mansfeld Betriebsrätegesetz vom 4.Februar
 1920 mit den einschlägigen Neben-
 gesetzen, 3. Aufl., Mannheim -
 Berlin - Leipzig 1930
- Die Ordnung der nationalen Arbeit.
 Handausgabe mit Erläuterungen,
 Berlin 1941
- Das Gesetz zur Ordnung der natio-
 nalen Arbeit vom 20. Januar 1934,
 in: Deutsches Arbeitsrecht, 2.
 Jahrg. (1934), S. 33 ff.

- Mansfeld-Pohl-Steinmann
- Krause Die Ordnung der nationalen Arbeit.
Kommentar,
2.Aufl., Berlin-Leipzig-Mannheim-
München 1934
- Matthes Zweifelsfragen zur Arbeitsordnung,
in: Arbeitsrecht, 14.Jahrg. (1932),
Sp. 615 ff.
- Maunz Deutsches Staatsrecht. Ein Studien-
buch, 9.Aufl., München - Berlin
1959
- Meissinger Betriebsverfassungsgesetz. Kommen-
tar,
München 1952
- Monjou Betriebsverfassungsgesetz. Systeme-
matische Einführung und Erläuterun-
gen,
Köln 1952
- Müller-Erbach Das Bergrecht Preussens und des
weiteren Deutschlands,
Stuttgart 1917
- Neumann-Duesberg Betriebsverfassungsrecht. Ein Lehr-
buch,
Berlin 1960
- Nikisch Die Mitwirkung und Mitbestimmung des
Betriebsrats in sozialen Angelegen-
heiten nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz,
in: Der Betriebs-Berater, 8.Jahrg.
(1953), S. 175 ff.
- Oppler Schiedssprüche und Betriebsverein-
barungen
in: Süddeutsche Juristen-Zeitung,
2.Jahrg. (1947), Sp.169 ff.
- Parlamentarischer Rat: Stenographischer Bericht,
Bonn
Verhandlungen des Hauptausschusses,
Bonn 1948/49.
Bonn
- Potthoff Die Strafgewalt des Arbeitgebers,
in: Gruchot, 68.Jahrg. (1927),
S. 287 ff.

- Prost Über die Autonomie. Ihre Grundlagen und Grenzen,
in: Neue Juristische Wochenschrift,
8.Jahrg. (1955), S. 1463 ff.
- Raab Arbeitsordnung ohne Betriebsvertretung,
in: Das Schlichtungswesen, 9. Jahrg.
(1927), Sp. 86 ff.
- Radbruch-Zweigert Einführung in die Rechtswissenschaft 9. Aufl.
Stuttgart 1952
- Radtke - Mayr Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952. Mit Erläuterungen und praktischen Beispielen,
Schwenningen 1953
- Reuscher Betrachtungen zum neuen Betriebsrätegesetz,
in: Süddeutsche Juristen-Zeitung,
2.Jahrg. (1947), Sp.25 ff.
- Reuß - Grotefend Das Preussische Berggesetz in der gegenwärtig geltenden Fassung,
9. Aufl., Berlin 1943
- Reuß-Grotefend-Dapprich Das Allgemeine Berggesetz,
11.Aufl., Köln-Berlin 1959
- Sahmer Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar.
Frankfurt a.M. 1952
- Schäfer Die Problematik des Art. 125 des Grundgesetzes,
in: Deutsche Rechts-Zeitschrift,
5. Jahrg. (1950), S. 26 ff.
- Das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit,
in: Juristenzeitung, 6. Jahrg.
(1951), S. 199 ff.
- v. Schlütter Änderungen des Preuss.Allgemeinen Berggesetzes in Nordrhein-Westfalen,
in: Neue Juristische Wochenschrift,
3. Jahrg. (1950), S. 935 ff.
- Die Zuständigkeit des Landes Nordrhein-Westfalen auf dem Gebiet der Berggesetzgebung und -verwaltung,
in: Glückauf, 86.Jahrg. (1950),
S. 472 ff.

- Ule Für eine einheitliche Verwaltungs-
gerichtsordnung,
in: Deutsche Verwaltung, 3. Jahrg.
(1950), S. 1 ff.
- Ulrichs Arbeitsordnungen für Arbeiter ge-
werblicher Betriebe,
Berlin 1921
- Vielhaber Das Mitbestimmungsrecht des Betriebs-
rats bei Regelung von Akkord- und
Stücklohnsätzen,
in: Der Betriebs-Berater, 8. Jahrg.
(1953), S. 358 ff.
- Wach Handbuch des Deutschen Civilpro-
zessrechts, 1. Band,
Leipzig 1855
- Weinheimer Tagung: Bundesrecht und Bundesgesetzgebung.
Bericht über die Weinheimer Tagung
des Instituts zur Förderung öffent-
licher Angelegenheiten in Frankfurt
a.M. am 22. und 23. Oktober 1949,
Frankfurt a.M. 1950
- Westhoff-Schlüter Geschichte des deutschen Bergrechts,
in: Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 50,
S. 27 ff., 230 ff., 357 ff.,
492 ff.
- Wölbing-Schultz-Sell Betriebsrätegesetz nebst Wahlordnung,
Ausführungsbestimmungen des Reiches
und Nebengesetzen. Kommentar,
Wien - Berlin 1926
- Wolff, E. Wie weit gilt nach Art. 123 bis 126
des Grundgesetzes bisheriges Recht
fort?
in: Deutsche Rechts-Zeitschrift,
5. Jahrg. (1950), S. 1 ff.
- Zigan Betriebsvereinbarungen nach Kon-
trollratsgesetz Nr. 22 (Betriebs-
rätegesetz), Kommentar,
Düsseldorf 1948
- * * * (ohne Verf.) Zur Rechtsnatur der Betriebsverein-
barung,
in: Arbeitsblatt für die britische
Zone, 1. Jahrg. (1947), S. 361 ff.

Abkürzungsverzeichnis

ABG	Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten vom 24.Juni 1865
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis, hrsgg. von Blume, Heck, Rümelin, A.Schmidt, Tübingen
ALR	Preussisches Allgemeines Landrecht von 1794
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Entschei- dungen des Bundesarbeits- und Sozial- gerichts sowie der Landesarbeits- gerichte und Arbeitsgerichte
Arbeitsbl.f.d.brit.Zone	Arbeitsblatt für die britische Zone, hrsgg. vom Zentralamt für Arbeit, Lemgo. Minden
Arbeitsrecht	Arbeitsrecht und Schlichtung, = Fortführung der Zeitschrift "Das Schlichtungswesen" vom 10.Jahr- gang an
ArbG	Arbeitsgericht
AuR	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, hrsgg. vom Bundesvorstand des Deutschen Ge- werkschaftsbundes
AZO	Arbeitszeitordnung vom 30.April 1938
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bayr VerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
Bergbau Rundschau	Bergbau Rundschau. Zeitschrift der Bergbau-Angestellten. Schrift- leitung: H. Scheppmann u.a., Bochum
BetrBer.	Der Betriebs-Berater. Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und So- zialrecht, hrsgg. von Heimerich, Hergt, Pfeffer, Heidelberg

Betrieb	Der Betrieb. Wochenschrift für Betriebswirtschaftslehre, Steuerwesen, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Düsseldorf
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen - Amtliche Sammlung
BlStSoz ArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, Berlin
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Deutsches Arbeitsrecht	Deutsches Arbeitsrecht; Zeitschrift, hrsgg. von Mansfeld, Mannheim - Berlin
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift, hrsgg. von Bader, Tübingen
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt, vereinigt mit "Deutsche Verwaltung" (DV), Detmold - Köln - Berlin
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Glückauf	Glückauf. Bergmännische Zeitschrift, Leitung: van Rossum, Essen
GS	Gesetzsammlung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Berlin
GVB1.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HA-Bericht	Parlamentarischer Rat. Verhandlungen des Hauptausschusses

Jb.d.Öff.Rechts	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, hrsgg. von Leibholz und v.Mangoldt, Tübingen
JZ	Juristenzeitung = Zusammenlegung der DRZ und SJZ, Tübingen
Komm.	Kommentar
KRG	Kontrollratsgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, hrsgg. von Mittelstein, Schloss Bleckede a.d.Elbe
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München - Berlin
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, hrsgg. von Dersch-Kaskel-Syrup-Sitzler, Mannheim - Berlin - Leipzig
OIG	Oberlandesgericht
ÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart - Köln
Plenum-Bericht	Parlamentarischer Rat. Stenographischer Bericht
RAM	Reichsarbeitsminister
RdA	Recht der Arbeit. Zeitschrift für Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts. hrsgg. von Nipperdey, München - Berlin
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen - Amtliche Sammlung
RV	Reichsverfassung vom 11. August 1919
SchlW	Das Schlichtungswesen. Mitteilungen der Schlichtungsausschüsse im Deutschen Reiche, Stuttgart

Schriftl.Bericht	Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit vom 8. Juni 1952
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung, hrsgg. von Geiler und Hallstein, Heidelberg
StGB	Strafgesetzbuch
VO	Verordnung
WV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht

E I N L E I T U N G

§ 1: Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Bergrechts und des Bergarbeitsrechts in Deutschland bis zum Erlass des Allgemeinen Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 24. Juni 1865

A. Die geschichtliche Entwicklung des Bergrechts

I. Das Berggewohnheitsrecht als Quelle des heutigen Bergrechts

Das heute in Deutschland geltende Bergrecht beruht im wesentlichen auf deutschrechtlicher Grundlage ¹⁾. Sein Ursprung liegt wahrscheinlich ²⁾ in dem Berggewohnheitsrecht des Rhein-Main-Gebietes. Dieses Gewohnheitsrecht erlangte durch mündliche Verbreitung im gesamten damaligen Bergbau des deutschen Sprachraums Geltung. Die wichtigsten Aufzeichnungen des deutschen Berggewohnheitsrechts - das Bergrecht von Trient, das Iglauer Bergrecht, das Freiburger Bergrecht und das Bergrecht des Harzes - stammen aus dem 12. bis 14. Jahrhundert. Besonders Bedeutung hat im österreichisch-süddeutschen Raum der Schladminger Bergbrief von 1408, der sogenannte "Eckelzain", erlangt, in Nord- und Mitteldeutschland das Iglauer Bergrecht und das Freiburger Bergrecht. Während der Schladminger Bergbrief den Ausgangspunkt für die spätere Entwicklung des Süddeutschen Bergrechts bildete, waren das Iglauer Bergrecht und das Freiburger Bergrecht die Grundlage für die Berggesetzgebung des frühen Mittelalters im nord- und mitteldeutschen Raum.

Das in diesen Aufzeichnungen enthaltene Gewohnheitsrecht ist gekennzeichnet durch die Grundsätze der Regalität und der Berg-

1) Westhoff-Schlüter in ZfB Bd. 50, S. 65; Boldt, ABG, S. 1; ders., Recht des Bergmanns, S. 3.

2) Eine exakte Festlegung des Ursprungsgebietes ist nicht möglich. Denkbar wäre es auch, dass das deutsche Bergrecht seinen Ursprung in den Alpenländern hat; Westhoff-Schlüter, a.a.O., S. 66; Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preussens, S. 59.

baufreiheit ¹⁾. Nur der Landesherr als Regalherr ²⁾ besitzt das Verfügungsrecht über die in der Erde ruhenden Mineralien. Er allein darf sie aufsuchen und gewinnen ³⁾. Nur die nach der damaligen Auffassung geringwertigen Mineralien bleiben dem Grundeigentümer überlassen. Von dem Landesherrn erwirbt der einzelne Bergbaulustige das Recht, die regalen Mineralien unter bestimmten Bedingungen aufzusuchen und zu gewinnen. Dieses Recht ist unabhängig von dem Eigentum an Grund und Boden. Auch auf fremdem Boden und gegen den Willen des Grundeigentümers darf der Bergbaulustige nach der Verleihung Bergbau betreiben ⁴⁾. Auf diese Verleihung hat der Bergbaulustige dem Regalherrn gegenüber einen Anspruch, sobald er das regale Mineral aufgefunden hat ⁵⁾. Dieses sogenannte Erstfinderrecht bedeutet eine Ausdehnung des Grundsatzes der Bergbaufreiheit auf das Verhältnis zwischen dem Bergbaulustigen und dem Staat und ist bereits in den ältesten Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts enthalten.

II. Das Recht der Bergordnungen des 15. - 19. Jahrhunderts

Vom Ende des 14. Jahrhunderts an wurde das Berggewohnheitsrecht in Deutschland durch Bergordnungen abgelöst, die von den einzelnen Landesherrn erlassen wurden. Diese Bergordnungen übernehmen im wesentlichen die Grundsätze des bisherigen Berggewohnheitsrechts. Übereinstimmend gehen auch sie von den Grundsätzen der Bergregalität und der Bergbaufreiheit aus ⁶⁾.

1) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 71; Boldt, ABG, S. 1/2.

2) Seit dem 11. Jahrhundert stand das Bergregal dem deutschen König zu. Im Jahre 1356 ging es durch die Goldene Bulle Kaiser Karls IV. auf die Kurfürsten über; im Westfälischen Frieden von 1648 wurde es schliesslich allen Reichsständen zuerkannt; vgl. Müller-Erbach, aaO, S. 43 ff.; Boldt, Staat und Bergbau, S. 3.

3) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 32.

4) Müller-Erbach, aaO, S. 47; Boldt, ABG, S. 2.

5) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 50 f.

6) Boldt, Recht des Bergmanns, S. 6.

Besondere Bedeutung haben die sächsischen Bergordnungen - vor allem die St. Annaberger Bergordnung von 1509 und die Joachimsthaler Bergordnung von 1518 - erlangt. Sie beruhen auf dem Iglauer Bergrecht und bilden ihrerseits die Grundlage für fast alle Bergordnungen in Nord- und Mitteldeutschland ¹⁾. Auch in Süddeutschland, wo sich zunächst auf der Grundlage des Schladminger Bergbriefes ein eigenständiges Bergrecht entwickelt hatte, ist das sächsische Bergrecht im 16. Jahrhundert rezipiert worden ²⁾.

Das preussische Bergrecht geht gleichfalls auf diese Bergordnungen zurück. Grundlage der preussischen Berggesetzgebung ist die Bergordnung Herzog Wilhelms IV. zu Jülich, Berg, Mark und Ravensberg von 1542, die eine fast wörtliche Wiederholung der St. Annaberger Bergordnung darstellt ³⁾. Auf dieser Bergordnung beruht die von Friedrich Wilhelm I. erlassene Revidierte Bergordnung für die Clevischen und angehörigen Lande, besonders die Grafschaft Mark vom 18. Juli 1737, auf die wiederum die drei Revidierten Bergordnungen Friedrichs des Grossen ⁴⁾ zurückgehen. Diese preussischen Bergordnungen wie auch das subsidär neben ihnen geltenden Bergrecht des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794 sind dadurch gekennzeichnet, dass sie das sogenannte Direktionsprinzip in vollem Umfang verwirklichen. Diesem Prinzip entsprechend, das seinen Ursprung im Iglauer und Freiburger Bergrecht hat und bereits in der St. Annaberger Bergordnung weitgehend galt ⁵⁾, obliegt allein dem Staat die Aufsicht und Verwaltung des Bergwerksbetriebes. Der Bergwerksbesitzer ist fast völlig von der Leitung des Betriebes ausgeschlossen ⁶⁾.

1) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 233.

2) Müller-Erzbach, aaO, S. 66.

3) Boldt, ABG, S. 3.

4) Revidierte Bergordnung für das Herzogtum Cleve, Fürstentum Meurs und die Grafschaft Mark vom 29.4.1766; Revidierte Bergordnung für das souveräne Herzogtum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 5.6.1769; Revidierte Bergordnung für das Herzogtum Magdeburg, Fürstentum Halberstadt, die Grafschaften Mannsfeld, Hohenstein und Reinstein vom 7.12.1772.

5) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 89; Müller-Erzbach, aaO, S. 96 und Anm. 6 dort; Boldt, Staat und Bergbau, S. 3.

6) Boldt, ABG, S. 3.

III. Die Berggesetzgebung des 19. Jahrhunderts in Preussen

In der Mitte des 19. Jahrhunderts traten innerhalb der einzelnen deutschen Staaten moderne Berggesetze an die Stelle der bisherigen Bergordnungen. Ihre Aufgabe war es vornehmlich, das bis zu dieser Zeit im Bergbau geltende Direktionsprinzip zu beseitigen und das Bergrecht innerhalb der einzelnen Staaten zu vereinheitlichen. Die Notwendigkeit einer solchen Vereinheitlichung verdeutlicht die Situation in Preussen zu Beginn des 19. Jahrhunderts.

Im Bereich des preussischen Staates bestanden zu dieser Zeit drei Bergrechtsgebiete ¹⁾:

das Gebiet des preussischen landesrechtlichen Bergrechts,

zu dem die einzelnen Bergordnungen wie das subsidiär neben diesen geltende Bergrecht des ALR zählen;

das Gebiet des gemeinen deutschen Bergrechts, das dort galt, wo das ALR nicht eingeführt worden war;

das Gebiet des französischen Bergrechts,

das linkerheinisch während der französischen Zwischenherrschaft eingeführt und auch später in Kraft geblieben war.

Die Beseitigung dieser Rechtszersplitterung in Preussen erfolgte durch das bedeutendste Berggesetz des vergangenen Jahrhunderts, durch das Allgemeine Berggesetz für die Preussischen Staaten vom 24. Juni 1865. Das ABG sollte "die Vorzüge des französischen Bergrechts mit den erprobten Grundsätzen des deutschen und preussischen Bergrechts verschmelzen und auf diese Weise das Berggesetz den Zuständen und Bedürfnissen des Bergbaus beider Rheinseiten anpassen" ²⁾. Wie die früheren deutschen Bergordnungen geht auch das ABG von dem Grundsatz der Bergbaufreiheit aus. Dem französischen Berggesetz vom 21.4.1810 entsprechend werden aber der Grundsatz der Bergregalität und das Direktionsprinzip ganz aufgegeben ³⁾. Hiermit

1) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 258; Müller-Erzbach, aaO, S. 68.

2) Motive, veröffentlicht in ZfB Bd. 6, hier S. 64.

3) Motive, aaO, S. 65 ff., 80.

setzt das ABG die Entwicklung fort, die durch die preussische Novellengesetzgebung in der Mitte des 19. Jahrhunderts eingeleitet worden ist. Das Gesetz über die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerks vom 12. Mai 1851 ¹⁾ hatte das Direktionsprinzip materiell bereits weitgehend eingeschränkt ²⁾. Ausdrücklich aufgehoben wurde dieses Prinzip - mit Ausnahme des Grundsatzes der Nachhaltigkeit des Bergbaus - durch das Gesetz, die Aufsicht der Bergbehörden über den Bergbau und das Verhältnis der Hütten- und Bergarbeiter betreffend vom 21. Mai 1860 ³⁾. In Anlehnung an das französische Recht setzt das ABG das sogenannte Inspektionsprinzip an die Stelle des Direktionsprinzips. Der Staat ist nunmehr dem Bergbau gegenüber nur noch zur Wahrnehmung der öffentlichen Interessen befugt. Im übrigen untersteht der Bergwerksbetrieb allein der Leitung und Verwaltung des Bergwerksunternehmers ⁴⁾. Das ABG erlangte im gesamten Gebiet des Preussischen Staates, wie er bis zum 8. Mai 1945 bestanden hat, Geltung ⁵⁾. Ausserdem diente er den meisten deutschen Staaten als Vorbild für die Gestaltung ihrer Berggesetzgebung ⁶⁾. Man kann daher von einer preussischen Bergrechtsgruppe innerhalb des deutschen

1) GS S. 139 (sogenanntes Miteigentümergebietsgesetz).

2) Müller-Erzbach, aaO, S. 104; Boldt, Recht des Bergmanns, S. 9.

3) GS S. 201 (sogenanntes Freizügigkeitsgesetz); Westhoff-Schlüter, aaO, S. 267, 492; Müller-Erzbach, aaO, S. 104.

4) Boldt, ABG, S. 3/4.

5) VO betr. d. Einf. d. ABG v. 24.6.1865: in das Gebiet des vorm. Herzogtums Nassau v. 22.2.1867 (GS S. 237); in die mit der Preuss. Monarchie vereinigten Landesteile d. Grossherzogt. Hessischen Provinz Oberhessen sowie in das Gebiet der vorm. Landgrafschaft Hessen-Homburg einschl. d. Oberamtsbezirks Meisenheim v. 22.2.1867 (GS S. 242); in das Gebiet des vorm. Königreichs Hannover v. 8.5.1867 (GS S. 601); in das mit der Preuss. Monarchie vereinigte Gebiet des vorm. Kurfürstentums Hessen und der vorm. freien Stadt Frankfurt sowie d. vorm. bayerischen Landesteile v. 1.6.1867 (GS S. 770); Gesetz betr. d. Einf. d. ABG v. 24.6.1865 in das Gebiet der Herzogtümer Schleswig und Holstein v. 12.3.1869 (GS S. 453).

6) Boldt, ABG, S. 6 Anm. 5.

Bergrechts sprechen ¹⁾. Daneben aber bestanden und bestehen auch jetzt noch materiell abweichende und untereinander wiederum differierende landesrechtliche Berggesetze ²⁾. Zur Schaffung eines einheitlichen Bergrechts hat die Entwicklung des Bergrechts in Deutschland noch nicht geführt.

B. Die geschichtliche Entwicklung des Bergarbeitsrechts

Parallel zu der dargestellten allgemeinen Entwicklung des Bergrechts verläuft die Entwicklung des Bergarbeitsrechts. Ursprünglich bedurfte es eines solchen Bergarbeitsrechts nicht, da der Bergbau in Deutschland zunächst in der Form von Kleinstunternehmungen von jeweils einem oder nur wenigen selbständigen Bergleuten betrieben wurde ³⁾. Die zunehmende Technisierung des Bergwerksbetriebes und die damit verbundene Erhöhung des Finanzbedarfs zwangen die einzelnen Bergbautreibenden später dazu, sich zusammenzuschließen und auch Kapital aus bergfremden Kreisen aufzunehmen. In der Folgezeit gingen die Bergwerke vielfach in den Besitz dieser Finanzkreise über. Die Bergleute verloren damit ihre Selbständigkeit und wurden zu Lohnarbeitern ⁴⁾. Erst jetzt bedurfte es zur Regelung der Arbeitsverhältnisse dieser Bergarbeiter eines Bergarbeiterrechts.

Erste Ansätze eines solchen Arbeitsrechts finden sich im Ig-lauer Recht, das zahlreiche Vorschriften über die Kinderarbeit wie über die Art und Höhe des Lohnes enthält ⁵⁾. Die von den Landesherrn erlassenen Bergordnungen regeln bereits eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Einzelfragen wie den Abschluss und die Aufhebung des Arbeitsvertrages, die Arbeitszeit, die Lohnzahlung und die Aufgaben der Aufsichtsbeamten und ihr Verhältnis zu den Bergleuten ⁶⁾. Mit dem Erstarken des Direktionsprinzips gewinnt der Staat gleichzeitig immer stärkeren

1) Boldt, ABG, S. 6.

2) So u.a. die Berggesetze von Schwarzburg-Rudolstadt vom 20.3.1894 (GS S. 19) und Lippe vom 4.7.1927 (GS S. 211).

3) Boldt, Recht des Bergmanns, S. 4.

4) Derselbe, ebenda.

5) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 69.

6) Vgl. statt vieler: Müller-Erzbach, aaO, S. 87 f. und dort Anm. 7.

Einfluss auf den Abschluss und die Bedingungen des Arbeitsvertrages. Schon das Freiburger Recht räumt den Bergbehörden ein Mitwirkungsrecht bei der Lohnfestsetzung und der Einsetzung der Grubenbeamten ein ¹⁾. Ihren Höhepunkt findet diese Entwicklung in den drei Revidierten Bergordnungen Friedrichs des Grossen und in dem Bergrecht der ALR. Unter Abschluss des Bergbauunternehmers ist die Annahme und Entlassung der Bergleute wie die Regelung ihrer Arbeitsbedingungen allein Aufgabe des Staates ²⁾. Der Staat tritt praktisch als Arbeitgeber der Bergleute auf.

Diese Situation ändert sich in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Das Miteigentümergebietsgesetz vom 12. Mai 1851 übertrug dem Bergwerksbesitzer die Befugnis zum Abschluss des Arbeitsvertrages und zur Regelung der Arbeitsbedingungen. Dem Bergamt belass das Gesetz jedoch weitgehende Einwirkungsmöglichkeiten. Erst durch das Freizügigkeitsgesetz vom 21. Mai 1860 verlor der Staat endgültig seinen Einfluss auf den Abschluss und die Bedingungen des Arbeitsvertrages. Mit diesem Gesetz wurde auch im Bergarbeitsrecht der Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit eingeführt ³⁾.

§ 2: Das Recht der Arbeitsordnung nach dem ABG und seine Problematik

A. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865 setzt auf arbeitsrechtlichem Gebiet die mit dem Freizügigkeitsgesetz begonnene Entwicklung fort. Durch § 80 ABG wird ausdrücklich festgestellt, dass der Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit für das ABG Geltung besitzt. In den nachfolgenden Vorschriften der §§ 80 a - 93 e, die in Anlehnung an die §§ 134 a ff. GewO durch Gesetz vom 24. Juni 1892 ⁴⁾ in das ABG eingefügt wurden, regelt das

1) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 89.

2) Boldt, aaO, S. 7.

3) Westhoff-Schlüter, aaO, S. 267; Müller-Erzbach, aaO, S. 104; Ebel, ABG, Anm. 2 zu § 80.

4) GS S. 131.

ABG die arbeitsrechtlichen Verhältnisse des Bergmanns. Innerhalb dieser Bestimmungen lassen sich zwei Gruppen von Vorschriften unterscheiden: die §§ 80 a - i ABG betreffen den Erlass und den Inhalt von Arbeitsordnungen in Bergwerksbetrieben, während die §§ 80 k - 93 e ABG Einzelfragen des Arbeitsverhältnisses wie die Aufhebung des Arbeitsvertragsverhältnisses, die Zeugniserteilung und die Arbeitszeit regeln. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sollen allein die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung sein: die §§ 80 a - i ABG.

B. Das Recht der Arbeitsordnung nach den §§ 80 a ff ABG

Der Zweck einer Arbeitsordnung liegt darin, die materiellen und vor allem die formellen Arbeitsbedingungen für alle oder doch grössere Gruppen eines grösseren Betriebes einheitlich zu regeln. Die Arbeitsordnung besitzt somit eine Ordnungsfunktion. Sie soll die das betriebliche Leben beherrschende Ordnung gestalten und aufrechterhalten. Das ABG enthält hierzu im einzelnen folgende Bestimmungen:

§ 80a Abs. 1 ABG begründet für jeden Bergwerksbesitzer die Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung, deren Inhalt nach § 80e ABG für die Bergarbeiter wie für den Bergwerksbesitzer rechtsverbindlich ist. Der zwingende Inhalt der Arbeitsordnung folgt aus § 80b ABG. Nach dieser Vorschrift muss die Arbeitsordnung u.a. Bestimmungen über die Arbeitszeit, den Abschluss des Gedinges, die Zeit und Art der Lohnzahlung wie über Art und Höhe etwa vorgesehener Strafen enthalten. Ergänzend bestimmt § 80d ABG den zulässigen Inhalt der Strafbestimmungen und überlässt es dem Bergwerksbesitzer, in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Arbeitervertretung weitere Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter in die Arbeitsordnung aufzunehmen. Zu ihrer Wirksamkeit bedarf diese nach § 80a Abs. 2 ABG einer bestimmten Form und ist durch Aushang an einer den Arbeitern zugänglichen Stelle bekanntzumachen (§ 80g Abs. 2 ABG). Zwei Wochen hiernach tritt sie frühestens in Kraft (§ 80a Abs. 4 ABG). Zur

Abänderung einer bereits bestehenden Arbeitsordnung ist nach § 80a Abs. 3 ABG der Erlass einer neuen Arbeitsordnung erforderlich. Die Ordnungsmässigkeit der Arbeitsordnung wird von der Bergbehörde überwacht, der die Arbeitsordnung nach ihrem Erlass innerhalb von drei Tagen einzureichen ist (§ 80g Abs. 1 ABG). Eine gesetzwidrige Arbeitsordnung ist nach § 80h ABG auf Verlangen der Bergbehörde durch eine neue gesetzmässige Arbeitsordnung zu ersetzen.

C. Die Problemstellung

Die dargestellten Vorschriften des ABG über die Arbeitsordnung waren in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes nicht enthalten, sondern wurden erst durch Gesetz vom 24. Juni 1892 ¹⁾ in Anlehnung an die §§ 134a ff GewO in das ABG eingefügt. Es fragt sich nun, ob diese Vorschriften auch noch heute gelten oder - sei es im vollen Umfang, sei es zum Teil - durch die moderne Arbeitsgesetzgebung ausser Kraft gesetzt worden sind. Eine ausdrückliche Aufhebung ist bis heute nicht erfolgt. Die §§ 80a ff ABG könnten jedoch durch eines der modernen Arbeitsgesetze stillschweigend aufgehoben worden sein und dadurch ihre Geltung verloren haben. Zweifel an der Weitergeltung der §§ 80a ff ABG ergeben sich hieraus vor allem seit dem Erlass des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 ²⁾, das den Erlass und den zwingenden Inhalt von Arbeitsordnungen - in diesem Gesetz Betriebsordnung genannt - einheitlich regelt. Eine weitere Frage ist es, wie sich die Aufhebung des AOG am 1. Januar 1947 auf die Geltung der §§ 80a ff ABG ausgewirkt hat. Die Fortgeltung der bergrechtlichen Vorschriften könnte ausserdem durch den Erlass des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 vom 10. April 1946 ³⁾ und den Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952 ⁴⁾ in Frage gestellt sein.

Aufgabe dieser Untersuchung soll es sein, den Einfluss der genannten Gesetze auf die Geltung der Vorschriften des ABG über die Arbeitsordnung festzustellen.

1) GS S. 131.

2) RGBL. I S. 45 ff.

3) Amtsblatt der Militärregierung Nr. 9 S. 197 ff.

4) BGBL. I S. 681 ff.

I. KAPITEL: Der Einfluss der nationalsozialistischen Gesetz-
gebung auf die Geltung der §§ 80a ff ABG.
=====

§ 3: Der Einfluss des Gesetzes zur Ordnung der nationa-
len Arbeit (AOG)

A. Aufgabe und Zweck des AOG

Nach der Übernahme der Regierung im Jahre 1933 überführten die Nationalsozialisten die bisherigen Gewerkschaften in die Deutsche Arbeitsfront. Im Anschluss hieran wurden auch die bestehenden Arbeitgeberverbände dieser Organisation eingegliedert ¹⁾. Waren bisher die Arbeitsbedingungen von den beiden Sozialpartnern in gegenseitiger Übereinstimmung festgelegt worden, so fehlte nunmehr diese Möglichkeit. Hierdurch entstand die Gefahr eines Zusammenbruchs der Arbeitsbedingungen ²⁾. Vorübergehend regelten deshalb auf Grund des Gesetzes über die Treuhänder der Arbeit vom 19. Mai 1933 ³⁾ sogenannte Treuhänder die Bedingungen für den Abschluss von Arbeitsverträgen. Die Tarifverträge gründeten sich in dieser Zeit nur noch auf die Fiktion nicht mehr bestehender Verbände ⁴⁾. In dieser Situation war eine neue gesetzliche Regelung der Arbeitsbedingungen unbedingt erforderlich. Diese Regelung erfolgte durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit - AOG - vom 20. Januar 1934.

Zweck dieses Gesetzes war es, ein einheitliches Betriebsordnungsrecht zu schaffen. Aus diesem Grunde übernahm das AOG teilweise bereits bestehende Regelungen und hob gleichzeitig Vorschriften früherer Gesetze über die Arbeits- bzw. Betriebsordnung ausdrücklich auf.

B. Die Geltung der §§ 80a ff ABG nach dem Erlass des AOG

Durch § 69 Abs. 2 AOG wurden zwar die §§ 134 a ff GewO - die Vorbilder der §§ 80a ff ABG - ausdrücklich aufgehoben. Eine

1) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, AOG, S. 4.

2) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, aaO, S. 6.

3) RGBl. I S. 285.

4) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, aaO, S. 7.

ausdrückliche Aufhebung der Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung erfolgte durch das AOG jedoch nicht. Es fragt sich nun, ob diese Vorschriften des ABG - wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend - durch das AOG aufgehoben oder ob sie praktisch nur unanwendbar geworden sind. Im letzteren Falle wären zwar während der Geltungsdauer des AOG auch nur die von diesem Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen eingetreten, die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung hätten aber neben dem AOG fortbestanden.

I. Überblick über die in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen

Das Schrifttum geht bei der Untersuchung dieser Frage überwiegend davon aus, dass der Gesetzgeber des AOG die ausdrückliche Aufhebung der hier zur Erörterung stehenden Vorschriften des ABG lediglich vergessen habe ¹⁾. Diese Auffassung stützt sich darauf, dass gleichlautende Bestimmungen der Gewerbeordnung - die §§ 134a ff GewO - durch § 69 Abs.2 AOG ausdrücklich ausser Kraft gesetzt worden sind. Hieraus wird gefolgert, der Gesetzgeber habe die ausserhalb des AOG bestehenden Vorschriften über die Arbeits- bzw. Betriebsordnung aufheben wollen und er hätte deshalb auch die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung aufgehoben, wenn ihm die Existenz dieser Vorschriften bekannt gewesen wäre.

1. Die Auffassung von Ebel

Ebel ²⁾ zieht aus der obigen Überlegung den Schluss, dass mit den §§ 134a ff GewO gleichzeitig die entsprechenden Vorschriften des ABG durch § 69 Abs. 2 AOG ausser Kraft gesetzt worden sind. Diese Schlussfolgerung widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut des § 69 Abs. 2 AOG und ist deshalb abzulehnen. Nur

1) So Dapprich in Bergbau Rundschau 1949, S. 31; ders. in Glückauf 1953, S. 363; ders. in ZfB Bd. 97, S. 105; Krell in Bergbau Rundschau 1949, S. 82; auch Ebel, aaO, zu §§ 80a ff, geht hiervon aus.

2) ABG, Anm. zu § 80d und § 80e.

die §§ 134a ff GewO, nicht aber die gleichlautenden Vorschriften des ABG hat der Gesetzgeber durch diese Bestimmung des AOG ausdrücklich aufgehoben. Auch wenn man das Schweigen des AOG über die Weitergeltung oder Aufhebung der §§ 80a ff ABG auf einen Mangel der Gesetzgebung zurückführt, können diese Vorschriften daher durch das AOG nur stillschweigend - dem Art. 13 WV entsprechend - ausser Kraft gesetzt worden sein ¹⁾.

2. Die Auffassung von Krell

Krell ²⁾ führt gleichfalls die Nichtaufhebung der §§ 80a ff ABG durch das AOG auf "Mängel der nazistischen Gesetzmacherei" zurück. Im Gegensatz zu Ebel zieht er hieraus aber den Schluss, dass die Vorschriften des ABG wegen der fehlenden formellen Aufhebung weiterhin gültig geblieben sind und lediglich während der Geltungsdauer des AOG als bedeutungslos anzusehen waren ³⁾. Diese Folgerung erscheint unrichtig. Wenn man das Schweigen des AOG über die Fortgeltung der §§ 80a ff ABG aus einem Mangel der Gesetzgebung erklärt, so muss man Art. 13 WV entsprechend folgern, dass ein Teil der bergrechtlichen Vorschriften durch das AOG stillschweigend ausser Kraft gesetzt worden ist.

3. Die Auffassung von Dapprich

Hiervon geht auch Dapprich ⁴⁾ aus. Er legt dar, dass gemäss Art. 13 WV alle Vorschriften des ABG, die der Regelung des AOG widersprachen oder mit ihr inhaltlich übereinstimmten, stillschweigend durch das AOG aufgehoben worden sind ⁵⁾. Dies folge aus § 27 Abs. 2 AOG. Es heisst dort, dass Vorschriften anderer Gesetze über den zwingenden Inhalt der Betriebsordnung insoweit ihre Gültigkeit behalten, als sie über

1) Hierauf weist auch Dapprich in Glückauf 1953, S. 363/364 hin.

2) Bergbau Rundschau 1949, S. 82.

3) Im Gegensatz zu seiner heutigen Ansicht vertrat auch Dapprich in Bergbau Rundschau 1949, S. 31 diese Auffassung; ebenso Nikisch in BetrBer. 1953, S. 177 Anm. 9.

4) Glückauf 1953, S. 363 ff.; ZfB Bd. 97, S. 105 ff.

5) Glückauf 1953, S. 364.

die Regelung des AOG ¹⁾ hinausgehen. Sicher sei somit, dass diejenigen Vorschriften des ABG in Kraft geblieben sind, die über die Regelung des AOG hinausgehend den zwingenden Inhalt der bergbaulichen Arbeitsordnung festlegen ²⁾. Dapprich weist darauf hin, § 27 Abs. 2 AOG beinhalte nur eine spezielle Anwendung des Grundgedankens, dass ein allgemeines jüngerer Gesetz, auch wenn es einen höheren Rang hat, ein spezielles älteres Gesetz nicht aufhebt ³⁾. Diesem Grundsatz entsprechend sei aus § 27 Abs. 2 AOG zu folgern, dass alle landesrechtlichen Vorschriften, die wegen der Eigenart der durch sie geregelten Materie - hier der Gefährlichkeit des Bergbaus - erforderlich seien, durch das AOG nicht aufgehoben werden sollten. Im Umkehrschluss ergebe sich zwingend aus derselben Vorschrift, dass alle übrigen Bestimmungen des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung ausser Kraft getreten seien ⁴⁾.

Nach Dapprich ist somit davon auszugehen, dass durch den Erlass des AOG ein Teil der §§ 80a - i ABG entsprechend Art. 13 WV stillschweigend aufgehoben worden ist, ein anderer Teil - die speziell bergbaulichen Sondervorschriften - entsprechend § 27 Abs. 2 AOG seine Gültigkeit behalten hat ⁵⁾.

4. Die Auffassung von Boldt

Boldt ⁶⁾ kommt zu einem anderen Ergebnis. Im Gegensatz zu Dapprich geht er davon aus, dass der Gesetzgeber des AOG die §§ 80a - i ABG bewusst nicht aufgehoben hat. Aus der Tatsache, dass in § 27 Abs. 1 Ziff. 3 AOG neben dem Wort "Akkord" das Wort "Gedinge" vorkommt, folgert Boldt, dass dem Gesetzgeber die Existenz der landesrechtlichen Berggesetze beim Erlass des AOG bekannt war ⁷⁾. Den Grund für das Schweigen des

1) Vgl. § 27 Abs. 1 AOG.

2) So auch Reuß-Grotefend, ABG, § 80 Anm. 3; § 80a Anm. 1; Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, aaO, § 27 Anm. 5; Mansfeld, Komm.z.AOG, § 27 Anm. 8; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 27 Anm. 8 ff.

3) Vgl. Glückauf 1953, S. 364.

4) Vgl. ZfB Bd. 97, S. 106.

5) Ähnlich im Ergebnis auch Dietz in RdA 1949, S. 164; Crone, AOG, S. 47 Anm. 67.

6) Festschrift für Herschel, S. 56 ff.

7) aaO, S. 56.

Gesetzgebers über die Weitergeltung der §§ 80a ff ABG findet Boldt in § 27 Abs. 2 AOG:

Er weist darauf hin, dass dem Art. 13 WV entsprechend die Vorschriften des ABG ohne die Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG ersatzlos weggefallen wären. Die Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG verdeutliche aber, dass dies nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe. Zwar sollte mit dem AOG ein einheitliches Recht der Betriebsordnung geschaffen werden, weitergehen - die Sondervorschriften anderer Gesetze aber sollten erhalten bleiben. Dieses Ziel hätte der Gesetzgeber auch durch die Aufhebung aller Vorschriften, die keine Sonderregelung enthielten, erreichen können. Hiermit wäre aber die Gefahr verbunden gewesen, dass mit der hierzu erforderlichen Annullierung selbst einzelner Satzteile der Wortlaut des Gesetzes unklar geworden und dadurch eine gewisse Unsicherheit entstanden wäre. Zur Vermeidung dieser Gefahr habe der Gesetzgeber bewusst von der Aufhebung einzelner Vorschriften der §§ 80a ff ABG abgesehen. Aus § 27 Abs. 2 AOG folge mit den Worten "soweit ... behalten sie ihre Gültigkeit", dass der Gesetzgeber vielmehr die Gerichte über die Weitergeltung der §§ 80a ff ABG entschieden lassen wollte ¹⁾. Für die hierzu erforderliche Auslegung des Gesetzes bilde § 27 Abs. 2 AOG eine eigene "Wertungsordnung". Da die Gerichte zur Auslegung den vollen Text des ABG benötigen, durfte und sollte der Bestand des Gesetzestextes der §§ 80a ff ABG durch das AOG nicht berührt werden. Nach der Auffassung von Boldt kann "Gültigkeit" im Sinne des § 27 Abs. 2 AOG daher nur materielle Gültigkeit bedeuten ²⁾.

Boldt kommt somit zu dem Ergebnis, dass die §§ 80a ff ABG auch nach dem Erlass des AOG formell in Kraft geblieben sind. Lediglich die materielle Gültigkeit dieser Vorschriften ist eingeschränkt worden. Der Umfang dieser Einschränkung sollte durch die Gerichte festgestellt werden ³⁾.

1) Boldt, Festschrift, S. 58.

2) aaO, S. 59.

3) Boldt, Festschrift, S. 60.

II. Art. 13 WV als Grundlage für die Beurteilung des Einflusses des AOG

Die Frage nach der Weitergeltung der hier behandelten Vorschriften des ABG muss nach den allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden, die zur Zeit des Erlasses des AOG - also im Jahre 1934 - für das Verhältnis von Reichsrecht zu Landesrecht massgebend waren ¹⁾. Ausgangspunkt der Untersuchung muss daher der Grundsatz in Art. 13 WV "Reichsrecht bricht Landesrecht" sein. Die herrschende Lehre hat Art. 13 WV dahingehend ausgelegt, dass durch den Erlass eines Reichsgesetzes alle denselben Gegenstand betreffenden Normen des Landesrechts aufgehoben werden, gleichgültig, ob sie inhaltlich mit der reichsrechtlichen Regelung übereinstimmen oder dieser widersprechen ²⁾.

Das AOG wie auch die hier zur Erörterung stehenden Vorschriften des ABG betreffen beide denselben Gegenstand: den Erlass und den Inhalt von Arbeits- bzw. Betriebsordnungen. Grundsätzlich müsste man daher zu dem Ergebnis kommen, dass das AOG als Reichsgesetz die §§ 80a ff ABG in vollem Umfang aufgehoben hat.

Hierbei bliebe aber unberücksichtigt, dass Reichsrecht die Herrschaft des Landesrechts nur insoweit bricht, als es sie brechen will ³⁾. Aus der Identität der Gesetzesmaterie allein folgt daher nicht schon die Aufhebung des Landesrechts ⁴⁾. Entscheidend ist vielmehr der Wille des Gesetzgebers des jeweiligen Reichsgesetzes, dessen Tragweite durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln ist ⁵⁾.

1) Dapprich in ZfB Bd. 97, S. 106.

2) So Arndt, RV, Art. 13 Anm. 2; Anschütz, RV, Art. 13 Anm. 3b; Stier-Somlo, Staatsrecht I, S. 380; RGZ Bd. 19 S. 181. Nach Frank, StGB, S. 850 ff. folgt hieraus bei Fehlen einer ausdrücklichen Aufhebung des Landesgesetzes lediglich dessen Gegenstandslosigkeit während der Geltungsdauer des Reichsgesetzes; ähnlich Lobe, StGB, S. 1242.

3) Anschütz, aaO, Art. 13 Anm. 3c.

4) Insoweit ist Frank, aaO, S. 850 zuzustimmen.

5) Anschütz, aaO, Art. 13 Anm. 3c.

III. Ziel und Methodik der Gesetzesauslegung

Ein Gesetz auslegen bedeutet die Klarstellung seines Sinnes. Die Frage, wie dieses Ziel der Auslegung näher zu umreißen und zu erreichen ist, stellt das seit langem umstrittene Grundproblem der Gesetzesanwendung dar. Diese Frage muss hier zunächst beantwortet werden, bevor die Einwirkung des AOG auf die Geltung der §§ 80a ff ABG untersucht werden kann.

Die subjektive Theorie ¹⁾ geht bei der Ermittlung des Sinnes eines Gesetzes auf die Zeit seiner Entstehung zurück und fragt nach den Gebotsvorstellungen des damaligen Gesetzgebers. Ziel der Auslegung ist es hiernach, den Sinn festzustellen, den der historische Gesetzgeber mit seinen im Gesetz niedergelegten Worten verband. Dieser Wille des historischen Gesetzgebers ist massgebend für die Auslegung.

Die später entwickelte objektive Theorie ²⁾ löst dagegen den Wortlaut des Gesetzes vom Willen des historischen Gesetzgebers. Das Gesetz führt nach dieser Theorie mit seinem Erlass ein Eigenleben; sein Gehalt liegt in seinen eigenen Worten als objektiver Sinn, der von dem subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers unabhängig ist. Dementsprechend fragt die objektive Theorie auch nicht nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, sondern versucht den Sinn festzustellen, der dem Gesetzeswortlaut unter Berücksichtigung des Rechtssystems und der gegenwärtigen Verhältnisse beizulegen ist.

Die objektive Theorie gründet sich vor allem auf vier, gegen die subjektive Theorie gerichtete Argumente. Das sog. Willensargument macht geltend, dass ein "Wille des Gesetzgebers" nicht vorhanden sei und deshalb die subjektive Theorie ein unmögliches Ziel verfolge. Das moderne Gesetz entstehe aus

1) Vgl. Heck in AcP 112. Bd. S. 1 ff; Lehmann, Allg. Teil des BGB, § 8 II; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des BGB, § 56; RGZ Bd. 138 S. 112; Bd. 142 S. 41; BGHZ Bd. 1 S. 373; Bd. 2 S. 187; Bd. 3 S. 162; Bd. 13 S. 36.

2) Vgl. Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1. Bd. § 20; Radbruch-Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 242 f; BVerfGE Bd. 1 S. 312; Bd. 2 S. 380; Bd. 8 S. 33.

dem Zusammenwirken vieler Menschen, deren Willen vielleicht sogar einander entgegengesetzt seien. Die Summe dieser Einzelwillen aber könne nicht als ein einheitlicher Einzelwille gewertet werden und deshalb nicht Gegenstand der Auslegung sein. Diese Argumentation geht von dem psychologischen Willensbegriff aus und berücksichtigt hierbei nicht, dass die subjektive Theorie nach einem normativen Willen des Gesetzgebers fragt, also nach dem im Gesetz ausgedrückten Willen der Gesamtheit ¹⁾. Das sog. Formargument besagt, dass durch die Existenz von Publikationsvorschriften die Auslegungstätigkeit eingeschränkt wird. Nur in seiner publizierten Form sei das Gesetz für die Auslegung beachtlich ²⁾. Wie bereits Heck ³⁾ nachgewiesen hat, beruht auch dieses Argument auf einer Inversion. Grundlos wird der "Kreis der Ausdrucksmittel mit dem Umfang des Interpretationsmaterials identifiziert" ⁴⁾. Das sog. Vertrauensargument richtet sich gegen eine angebliche Gefährdung der Rechtssicherheit durch die historische Auslegung. Nur eine objektive Auslegung sichere die Gleichmässigkeit der gerichtlichen Entscheidungen und damit die allgemeine Rechtssicherheit und schütze das Vertrauen des Laien auf den Wortlaut des Gesetzes. Hiergegen ist einzuwenden, dass gerade ein umfangreiches historisches Material einen feststehenden Angelpunkt für die Auslegung sicherstellt, im Gegensatz zur reinen Wortinterpretation, die nicht nur zeitlich, sondern auch individuell immer unterschiedlich sein wird. Einen Schutz des "Eindrucksvertrauens des Laien" aber kann die Auslegung - gleichgültig, in welcher Form sie erfolgt - niemals gewährleisten, da der Eindruck des Laien von dem Gesetz von Fall zu Fall verschieden sein wird ⁵⁾. Schliesslich dient das sog. Entwicklungsargument zur Begründung der objektiven Theorie. Es wird betont, dass das Gesetz eine lebende Kraft sei. Dieser Tatsache würde die subjektive Theorie nicht gerecht, da sie durch ihre historische Betrachtungsweise einer Fortentwicklung des

1) Auf diese Begriffsvertauschung hat bereits Heck in AcP 112. Bd., S. 77 hingewiesen; ebenso Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des BGB, § 54 II a.

2) RGZ Bd. 27 S. 411: "Der Gesetzgeber kann nur in einer Sprache sprechen: durch Publikation des Gesetzes. Was nicht dem Gesetz entnommen werden kann, ist nicht gesetzliches Recht".

3) aaO, S. 77 ff.

4) Heck, aaO, S. 80.

5) Heck, aaO, S. 86.

Gesetzes entgegenstehe. Diese These ist unrichtig, da auch die historische Auslegung eine zweckgetreue Gesetzesfortbildung nicht unterdrückt, sofern man nicht der Subsumtionstheorie anhängt ¹⁾. Sie verdeutlicht überdies, dass die objektive Theorie keine Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zieht ²⁾. Damit aber ermöglicht sie es dem Richter, seine individuellen Wertungen dem Gesetz zu unterlegen. Die Folge könnte eine "unkontrollierbare Entscheidungspraxis praeter oder contra legem sein, die vom Standpunkt der Rechtssicherheit wie vom Grundsatz der richterlichen Bindung an das Gesetz bedenklich erscheint" ³⁾. Gerade in dieser Hinsicht aber gewährt die subjektive Theorie die grösstmögliche Sicherheit, denn "die historische Wahrheit ist für dieselbe Problemstellung nur eine" ⁴⁾ und dadurch die Gleichförmigkeit der gerichtlichen Entscheidungen gewährleistet. Da die subjektive Theorie mit dieser Sicherheit auch Anpassungsfähigkeit verbindet, ist an ihr festzuhalten. Diese Theorie kann sich auf § 133 BGB stützen, da auch das Gesetz eine Willenserklärung ist und § 133 BGB nicht nur für private Willenserklärungen gilt.

1) So auch Enneccerus-Nipperdey aaO. § 54 II 1 d; Lehmann aaO. § 8 II 2; a.A. Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 44. - Die Gesetzesfortbildung kann im Wege der Analogie und der Restriktion erfolgen. Analogie bedeutet die ausdehnende Anwendung eines Rechtssatzes oder des gemeinsamen Rechtsgedankens einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften auf nicht erfasste rechtsähnliche Tatbestände unter Wahrung der Prinzipien und Interessenbewertungen, die durch die angezogenen Rechtsvorschriften vorgegeben sind. Restriktion bedeutet die Freistellung solcher Tatbestände von einer Rechtsvorschrift, die bei Erlass der Vorschrift noch unbekannt waren oder aber vom Gesetzgeber nicht erkannt worden sind und deren Beurteilung nach der Vorschrift zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen würde. Vom Standpunkt der subjektiven Theorie ist eine Restriktion zulässig und sogar notwendig, da durch sie die gegebene Vorschrift ihrem historischen Zweck entsprechend auf die Entscheidung der ihr zugrundegelegten Fälle zurückgeführt wird.

Vgl. Enneccerus-Nipperdey aaO. §§ 58 II, 59; Lehmann aaO. § 8 III 3/5

2) Vgl. BVerfG Bd. 2 S. 401. Es heisst dort, dass "eine Gesetzesbestimmung bei gleichbleibendem Wortlaut einen Bedeutungswechsel erfahren" kann.

3) Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 54 II 1d; in ähnlichem Sinne Lehmann, § 8 II 2.

4) Heck, aaO, S. 86.

Dieser Bestimmung entsprechend ist der wirkliche Wille des Gesetzgebers d.h. der durch den Willen der Gesamtheit anerkannte Zweck des Gesetzes zu erforschen und insoweit zu berücksichtigen, als er im Wortlaut des Gesetzes erkennbar Ausdruck gefunden hat ¹⁾.

Die Auslegung eines Gesetzes hat hiernach folgenden Gang zu nehmen:

Es ist vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen, der zunächst im Wege der grammatischen Auslegung klarzustellen ist.

Neben dem Wortlaut sind alle systematischen und historischen Momente zu berücksichtigen, die einen Schluss auf den Zweck des Gesetzes zulassen, also der Zusammenhang der Vorschrift mit den übrigen Vorschriften des Gesetzes und der Rechtsordnung wie auch die geschichtliche Entwicklung und das historische Material.

IV. Art und Umfang der Weitergeltung der §§ 80a ff ABG nach § 27 AOG

Im Rahmen des Art. 13 WV bricht - wie bereits festgestellt wurde - Reichsrecht die Herrschaft des Landesrechts nur insoweit, als es sie brechen will. Die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung können daher nur dann als durch das AOG aufgehoben gelten, wenn ein entsprechender Wille des Gesetzgebers ersichtlich oder anzunehmen ist. Ergäbe sich jedoch aus dem AOG der gegenteilige Wille des Gesetzgebers, so hätten die §§ 80a ff ABG auch nach dem Erlass des AOG fortbestanden. Der Wille des Gesetzgebers ist deshalb unter Berücksichtigung der gewonnenen Auslegungsgrundsätze aus den Vorschriften des AOG zu ermitteln.

1) Diese objektive Grenze muss der subjektiven Auslegung gezogen werden, da sonst die Publikation eines Gesetzes von vornherein ihres Sinnes entkleidet würde; a.A. Heck, aaO, S. 138 ff.; wie hier Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 54 II Anm. 3; Bartholomeyczik, aaO, S. 53.

1. Die Weitergeltung der in den §§ 80a ff ABG enthaltenen bergbaulichen Sondervorschriften über die Arbeitsordnung

Wie die Darlegungen von Boldt und Dapprich verdeutlichen, hängen Art und Umfang der Weitergeltung der bergrechtlichen Vorschriften über die Arbeitsordnung entscheidend von der Auslegung des § 27 Abs. 2 AOG ab.

Diese Bestimmung besagt zunächst nur, dass diejenigen Vorschriften des ABG in Kraft geblieben sind, die über die Regelung des AOG hinausgehend den zwingenden Inhalt der bergbaulichen Arbeitsordnung festlegen.

§ 27 Abs. 2 AOG erscheint aber zu eng gefasst und muss ausdehnend ausgelegt werden. Dies folgt aus dem Zweck der Bestimmung. Ohne ihre Einfügung wären die bergrechtlichen Vorschriften entsprechend Art. 13 WV ersatzlos weggefallen. Da das AOG nur eine allgemeine Regelung trifft, hätte dies zur Folge gehabt, dass die besonderen bergbaulichen Bedürfnisse in Zukunft unberücksichtigt geblieben wären. Zwar wollte der Gesetzgeber mit dem AOG ein einheitliches Recht der Betriebsordnung schaffen. Weitergehende Sondervorschriften, die die besonderen Bedürfnisse einzelner Wirtschaftszweige berücksichtigten, sollten jedoch erhalten bleiben. Aus dieser Absicht des Gesetzgebers erklärt sich die Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG und zugleich die Notwendigkeit, diese Bestimmung ausdehnend auszulegen. Über den Wortlaut hinaus ist deshalb aus § 27 Abs. 2 AOG zu folgern, dass auch diejenigen Sondervorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung, die wegen der besonderen Eigenart des Bergbaus, insbesondere seiner Gefährlichkeit wegen, erforderlich sind, weiterhin in Kraft bleiben sollten ¹⁾.

2. Die Weitergeltung der in den §§ 80a ff ABG enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitsordnung

Zweifelhaft kann sein, ob auch die Bestimmungen des ABG, die keine Sonderregelung für den Bergbau enthalten, weiterhin gültig

1) So auch Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

geblieben sind. Dapprich folgert im Umkehrschluss aus § 27 Abs. 2 AOG, dass diese Vorschriften durch das AOG stillschweigend aufgehoben sind ¹⁾.

Dieser Umkehrschluss erscheint zunächst insofern bedenklich, als er aus einer zu eng gefassten Vorschrift gezogen wird, die diese Folgerung erst nach einer ausdehnenden Auslegung zulässt. Man könnte aus diesem Grunde bereits die Zulässigkeit des Umkehrschlusses bezweifeln. Auch die Form, in der Dapprich die Grundlage dieses Umkehrschlusses schafft, erscheint angreifbar. Dapprich geht bei der ausdehnenden Auslegung des § 27 Abs. 2 AOG anscheinend von der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" aus. Aus diesem Grundsatz schliesst er auf die Weitergeltung der bergrechtlichen Sondervorschriften. Ein allgemeiner Grundsatz dieses Inhalts ist aber nicht anzuerkennen ²⁾. Die Frage, ob ein allgemeines Gesetz auch bestehende Sonder Vorschriften aufheben will, kann nur im Wege der Auslegung beantwortet werden. Geht man aber von der Existenz des Grundsatzes "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" aus und sieht man wie Dapprich in § 27 Abs. 2 AOG lediglich eine ausdrückliche Berücksichtigung dieses Grundsatzes, so erscheint die Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG unverständlich. In diesem Falle wären diejenigen Vorschriften des ABG, die bergbauliche Sonderregelungen enthalten, auch ohne die Einfügung des § 27 Abs. 2 erhalten geblieben, die übrigen Bestimmungen dagegen dem Art. 13 WV entsprechend ausser Kraft getreten. Die Form, in der Dapprich die Grundlage seines Umkehrschlusses schafft, erscheint daher unrichtig, der Umkehrschluss selbst auf dieser Grundlage überflüssig.

a) Das bewusste Schweigen des Gesetzgebers
über die Fortgeltung der §§ 80a ff. ABG

Dieser Umkehrschluss könnte auf der Grundlage der hier getroffenen Auslegung des § 27 Abs. 2 AOG gezogen werden, wenn sich nachweisen liesse, dass der Gesetzgeber des AOG bewusst nur die

1) Dapprich in Glückauf 1953, S. 364; ders. in ZfB Bd.97, S.106.
2) Vgl. Lange, BGB, Allg.Teil, § 7 VI 2; Lehmann, aaO, § 3 VIII 1; Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 45 I 3.

in anderen Gesetzen enthaltenen Sondervorschriften erhalten wollte.

Auf einen solchen Willen des Gesetzgebers könnte aus § 27 Abs. 2 AOG in Verbindung mit § 69 Abs. 2 AOG geschlossen werden, wenn sich das Schweigen des Gesetzgebers über die Fortgeltung oder Aufhebung der Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung auf einen Mangel der Gesetzgebung zurückführen liesse. In diesem Falle wäre aus § 69 Abs. 2 AOG zu folgern, dass der Gesetzgeber die ausserhalb des AOG bestehenden Vorschriften über die Arbeitsordnung bzw. Betriebsordnung habe aufheben wollen und dass er deshalb auch die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung aufgehoben hätte, wenn ihm die Existenz dieser Vorschriften bekannt gewesen wäre. In diesem Falle wäre die Folgerung berechtigt, dass nur die im ABG enthaltenen Sondervorschriften dem ausdehnend ausgelegten § 27 Abs. 2 AOG entsprechend weiterhin gültig bleiben, die übrigen Bestimmungen dagegen ausser Kraft treten sollten.

Es erscheint jedoch als nicht möglich, das Schweigen des AOG über die Fortgeltung der bergrechtlichen Vorschriften aus einem Mangel der Gesetzgebung zu erklären. Vielmehr muss der Ausgangspunkt von Boldt ¹⁾, dass der Gesetzgeber des AOG die §§ 80a ff ABG bewusst nicht aufgehoben habe, als richtig anerkannt werden. Nach § 27 Abs. 1 Ziff. 3 AOG sind in die Betriebsordnung Bestimmungen über die Grundsätze der Akkord- und Gedingeberechnung aufzunehmen. Die Berücksichtigung der Gedingeberechnung beweist zunächst, dass sich der Gesetzgeber des AOG der Existenz der landesrechtlichen Berggesetze bewusst war ²⁾. Dapprich bezweifelt zwar, dass hieraus bereits auf die weitergehende Kenntnis des Gesetzgebers geschlossen werden dürfte, dass diese Berggesetze auch Vorschriften über die bergbauliche Arbeitsordnung enthielten ³⁾. Diese Zweifel erscheinen jedoch unberechtigt. Zunächst spricht § 27 Abs. 1

1) Festschrift für Herschel, S. 56.

2) Ein Indiz hierfür ist auch die Tatsache, dass der Referent des Ministeriums, Ministerialdirektor Dr. Mansfeld, zuvor Justitiar des Bergbauvereins gewesen ist; vgl. auch Anm. 4, S. 23

3) Dapprich in ZfB Bd. 97, S. 107/108.

Ziff. 3 AOG selbst für diese Kenntnis des Gesetzgebers von der Existenz bergrechtlicher Vorschriften über die Arbeitsordnung. Es ist naheliegend und wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber die nach § 27 Abs. 1 Ziff. 3 in die Betriebsordnung aufzunehmenden Bestimmungen nach dem Vorbild des § 80b Ziff. 2 ABG ausgestaltet wissen sollte ¹⁾. Entscheidend spricht für diese Kenntnis des Gesetzgebers aber der räumliche und systematische Zusammenhang des § 27 Abs. 2 mit dem § 27 Abs. 1 Ziff. 3. Aus der Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG folgt, dass dem Gesetzgeber die Existenz von Sondervorschriften über die Arbeitsordnung bekannt war. § 27 Abs. 1 Ziff. 3 verdeutlicht die Kenntnis des Gesetzgebers von der Existenz der landesrechtlichen Berggesetze. Der enge systematische und räumliche Zusammenhang zwischen diesen beiden Vorschriften des AOG zwingt zu der Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber des AOG auch Kenntnis von der Existenz berggesetzlicher Vorschriften über die Arbeitsordnung besaß. Diese Kenntnis des Gesetzgebers verbietet es, sein Schweigen über die Fortgeltung der berggesetzlichen Vorschriften auf einen Mangel der Gesetzgebung zurückzuführen. Im Gegensatz zu der von Dapprich vertretenen Auffassung ²⁾ ist daher davon auszugehen, dass die ausdrückliche Aufhebung der §§ 80a ff ABG nicht irrtümlich, sondern bewusst unterblieb ³⁾.

Da der Gesetzgeber die §§ 134a ff GewO - die Vorbilder der §§ 80a ff ABG - durch § 69 Abs. 2 AOG ausdrücklich ausser Kraft gesetzt hat, liegt es nun nahe, aus dem bewussten Schweigen des Gesetzgebers auf dessen Willen zu schliessen, dass die Vorschriften des ABG durch das AOG nicht aufgehoben werden sollten. Hierbei bliebe aber unberücksichtigt, dass es im Gegensatz zu der Aufhebung der §§ 134a ff GewO für eine etwa beabsichtigte Aufhebung der §§ 80a ff ABG nicht erforderlich gewesen wäre, diese Vorschriften ausdrücklich ausser Kraft zu setzen:

-
- 1) In ähnlichem Sinne Mansfeld, Komm.z.AOG, § 27 Anm. 10; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 27 Anm. 14.
 - 2) Dapprich in Bergbau Rundschau 1949, S. 31, und in Glück. auf 1953, S. 363.
 - 3) So auch Boldt, Festschrift, S. 58.

Für die §§ 134a ff GewO als Reichsgesetz galt im Verhältnis zum AOG der Grundsatz "lex posterior derogat legi priori". Da die Vorschriften der Gewerbeordnung dem AOG nicht widersprachen, wären sie nach diesem Grundsatz ohne die Einfügung des § 69 Abs. 2 AOG weiterhin gültig geblieben. Die Vorschriften des ABG wären dagegen als Landesrecht entsprechend dem Art. 13 WV auch ohne ausdrückliche Aufhebung durch das AOG ausser Kraft gesetzt worden, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte ¹⁾.

Aus diesem Grunde kann aus dem Schweigen des AOG über die Fortgeltung der §§ 80a ff ABG nicht ohne weitere Begründung auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, dass diese Vorschriften des ABG entgegen Art. 13 WV weitergelten sollten.

b) Der Grund für das Schweigen des Gesetzgebers
und die hieraus zu ziehenden Folgerungen

Art und Umfang der Weitergeltung ergeben sich jedoch zwingend aus § 27 Abs. 2 AOG, wenn man den Zweck dieser Vorschrift und den Grund für das bewusste Schweigen des Gesetzgebers über die Fortgeltung der §§ 80a ff ABG berücksichtigt.

Mit der Einfügung des § 27 Abs. 2 AOG verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die ausserhalb des AOG bestehenden Sondervorschriften über die Arbeitsordnung zu erhalten. Dieses Ziel hätte der Gesetzgeber auch durch die ausdrückliche Aufhebung aller Vorschriften erreichen können, die keine Sonderregelung erhielten. Wie bereits dargelegt wurde, hat der Gesetzgeber hiervon aber in Hinblick auf die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung bewusst abgesehen.

Der Grund hierfür liegt in den Schwierigkeiten und Gefahren, die bei der Aufhebung der allgemeinen Vorschriften der §§ 80a ff ABG über die Arbeitsordnung entstanden wären. Wie bereits Boldt ²⁾ dargelegt hat, wäre bei dieser Aufhebung die

1) So die h.L. zu Art. 13 WV; vgl. Arndt, aaO, Art. 13 Anm. 2 und die dort angeführte Literatur.

2) Boldt, Festschrift, S. 58.

Annulierung selbst einzelner Satzteile innerhalb des Gesetzestextes erforderlich gewesen. Dies hätte dazu geführt, dass der Wortlaut des Gesetzes unklar geworden wäre. Die Unklarheit des Gesetzestextes aber hätte eine Unsicherheit bei der Anwendung des Gesetzes zur Folge haben können. Diese Schwierigkeiten und Gefahren wollte der Gesetzgeber vermeiden. Aus diesem Grund hat er bewusst von einer ausdrücklichen Aufhebung der in den §§ 80a ff ABG enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitsordnung abgesehen.

Die gleichen Schwierigkeiten und Gefahren hätten sich aber auch bei einer stillschweigenden Aufhebung dieser Vorschriften ergeben. Der Gesetzestext wäre zunächst zwar - von der Seite des Gesetzgebers aus - unberührt geblieben. Der Unterschied gegenüber der ausdrücklichen Aufhebung hätte lediglich darin bestanden, dass der Umfang der Weitergeltung von den Gerichten festzustellen gewesen wäre, dass also die erwähnten Schwierigkeiten und Gefahren erst zu einem späteren Zeitpunkt in Erscheinung getreten wären. Da der Gesetzgeber aber gerade diese Schwierigkeiten und Gefahren vermeiden wissen wollte, kann auch eine stillschweigende Aufhebung aller Vorschriften, die keine Sonderregelung enthielten, nicht von dem Gesetzgeber des AOG gewollt gewesen sein. Hierfür spricht auch, dass eine solche Aufhebung von dem Standpunkt des Gesetzgebers aus zu weit ging. Der Gesetzgeber des AOG wollte ein einheitliches Recht der Betriebsordnung schaffen, bestehende Sonderregelungen aber aufrechterhalten. Zur Verwirklichung dieser Absicht genügte es, lediglich die Anwendbarkeit aller Vorschriften zu beseitigen, die keine Sonderregelung enthielten; die Vernichtung des formellen Bestandes dieser Vorschriften aber war hierzu nicht erforderlich.

c) Die Einschränkung der materiellen Gültigkeit der §§ 80a ff ABG durch § 27 Abs. 2 AOG

Aus diesen Überlegungen folgt, dass der Gesetzgeber des AOG den formellen Bestand der §§ 80a ff ABG nicht antasten wollte. Lediglich die Anwendbarkeit derjenigen Vorschriften, die keine

bergbaulichen Sonderregelungen enthielten, sollte beseitigt werden. Dementsprechend ist unter "Gültigkeit" im Sinne des § 27 Abs. 2 AOG die materielle Gültigkeit einer Norm d.h. ihre Anwendbarkeit zu verstehen. § 27 Abs. 2 AOG besagt somit, dass bestehende Sondervorschriften über die Betriebsordnung ihre materielle Gültigkeit behalten, also anwendbar bleiben. Alle übrigen Vorschriften über die Betriebsordnung, die ausserhalb des AOG bestanden, sollten materiell ungültig, also unanwendbar sein. Der Kreis dieser Vorschriften wird in § 27 Abs. 2 AOG nicht umgrenzt. Wie Boldt ¹⁾ bereits dargelegt hat, folgt vielmehr aus dieser Bestimmung mit den Worten "soweit ... behalten sie ihre Gültigkeit", dass die Rechtsprechung den Umfang der materiellen Fortgeltung feststellen sollte.

Aus § 27 Abs. 2 ergibt sich somit, dass alle Vorschriften der §§ 80a ff ABG auch nach dem Erlass des AOG formell in Kraft geblieben sind. Lediglich die materielle Gültigkeit dieser Vorschriften ist in unbestimmtem Umfang eingeschränkt worden ²⁾.

Dapprich ³⁾ wendet sich gegen die von Boldt getroffene und auch hier bejahte Unterscheidung zwischen "weiter geltendem Gesetzestext" und "unbestimmter materieller Gültigkeit". Er erachtet sie für unrichtig, da sie vom Standpunkt des Gesetzgebers aus überflüssig sei und auch deshalb von diesem nicht gewollt sein könne. Der Gesetzgeber hätte sein Ziel auch durch eine stillschweigende Aufhebung aller Vorschriften, die keine Sonderregelung für den Bergbau enthielten, erreichen können; die hier getroffene Unterscheidung sei der Rechtssystematik fremd.

1) Festschrift, S. 58.

2) So auch Boldt, Festschrift, S. 60. Boldt kommt zu dem hier gewonnenen Ergebnis aber vor allem auf Grund der Folgerung, dass die Gerichte zu der nach § 27 Abs. 2 AOG notwendigen Auslegung der ausserhalb des AOG bestehenden Vorschriften über die Betriebsordnung den vollen Text dieser Vorschriften benötigten und deshalb der Gesetzestext nicht angetastet werden durfte und sollte. Dapprich weist jedoch in ZfB Bd. 97, S. 107 zutreffend darauf hin, dass der ursprüngliche Gesetzestext dem Richter auch dann vorliegt, wenn er nicht mehr gilt, eine Auslegung also auch nach der Aufhebung der Vorschriften möglich gewesen wäre. Die von Boldt gegebene Begründung erscheint daher in diesem Punkt nicht haltbar.

3) ZfB Bd. 97, S. 107 ff.

Die letztere Feststellung Dapprichs ist nur bedingt richtig. Eine gewisse Parallellform zu der hier getroffenen Unterscheidung besteht auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts in der Rechtsfigur des ruhenden Arbeitsverhältnisses. Ein Arbeitsverhältnis ruht, wenn durch eine Vereinbarung der Vertragspartner ¹⁾ oder aber kraft Gesetzes ²⁾ die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertragsverhältnis suspendiert, der Arbeitsvertrag aber trotzdem aufrechterhalten und die Betriebszugehörigkeit als fortbestehend betrachtet wird ³⁾. Die Rechtsfigur des ruhenden Arbeitsverhältnisses ist also dadurch gekennzeichnet, dass das Arbeitsverhältnis trotz weitgehender materieller Einschränkung ⁴⁾ formell in vollem Umfange bestehen bleibt. Dies verdeutlicht, dass die Unterscheidung zwischen uneingeschränkter formeller Gültigkeit und eingeschränkter materieller Gültigkeit der Rechtssystematik nicht grundsätzlich fremd ist. Die Übertregung dieser Unterscheidung auf die Gültigkeit von Rechtsnormen bedeutet allerdings in der Tat eine Weiterentwicklung der Rechtssystematik auf dem Gebiet der Gesetzes"aufhebung". Hiermit ist eine Zwischenform zwischen der in jeder Hinsicht uneingeschränkten Gültigkeit einer Rechtsnorm und deren völliger Vernichtung im Wege der Aufhebung geschaffen worden.

Dapprich bezweifelt nun, dass der Gesetzgeber eine solche neue Zwischenform hat schaffen wollen, weil der Gesetzgeber mit den bekannten Mitteln der Rechtssystematik sein Ziel ebenfalls hätte erreichen können. Es trifft zu, dass eine still-

1) Hier ist vor allem die sog. Werksbeurlaubung für die Dauer einer Betriebsstillegung zu nennen.

2) Vgl. § 1 der Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vom 1.9.1939 (RGBl. I S. 1683); § 1 der Verordnung des RM über das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bei Räumung oder Freimachung von gefährdeten Gebieten vom 9.4.1940 (RGBl. I S. 624); § 1 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über den Einfluss von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer und Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse (Eignungsübungsgesetz) vom 20.1.1956 (BGBl. I S. 13); § 1 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz) vom 30.3.1957 (BGBl. I S. 293).

3) Nikisch, Arbeitsrecht, I. Bd. S. 559.

4) Materiell bleiben gewisse Nebenpflichten wie z.B. die Treuepflicht in eingeschränktem Umfange bestehen; vgl. Nikisch, aaO, S. 559.

schweigende Aufhebung zu demselben Ziel geführt hätte. Diesen Weg hat der Gesetzgeber aber wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten bewusst nicht gewählt. Diese Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber dadurch vermieden, dass er die formelle Gültigkeit der Vorschriften unangetastet liess. Insofern erscheint der vom Gesetzgeber gewählte Weg von dessen Standpunkt aus nicht überflüssig. Für den Gesetzgeber stellte die materielle Einschränkung des Gesetzes vielmehr die zweckmässigste Form der Gesetzes "aufhebung" dar.

Auch in anderen Gesetzen ist diese neue Rechtskonstruktion vom Gesetzgeber der damaligen Zeit angewandt worden. Als Beispiel hierfür diene die Verordnung über den Ladenschluss ¹⁾, durch die der § 22 AZO ²⁾ zwar auch in seiner materiellen Gültigkeit eingeschränkt, formell aber nicht aufgehoben wurde ³⁾. Hierdurch wird die Richtigkeit der hier getroffenen Auslegung des § 27 Abs. 2 AOG bestätigt.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Gültigkeit einer Rechtsnorm, die die Grundlage des hier gewonnenen Ergebnisses bildet, auch dem heutigen Gesetzgeber geläufig ist. Verwiesen sei auf die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preussischen Rechts vom 11. April 1961 ⁴⁾. Es heisst dort ⁵⁾, dass drei Gesetze, die "formell noch gültig", weitgehend jedoch "gegenstandslos" - also materiell nur noch beschränkt gültig - sind, aufgehoben werden sollen.

1) VO über den Ladenschluss i.d.F. vom 9. Januar 1942 (RGBl. 1939 I S. 2471; 1942 I S. 24).

2) Arbeitszeitordnung i.d.F. vom 30. April 1938 (RGBl. 1934 I S. 803; 1938 I S. 446.)

3) BVerfG, Urteil v. 20.5.1952 - 1 BvL 3/51, veröffentl. in NJW 1952 S. 737. Aus § 1 S. 2 der VO: "Soweit eine solche Anordnung nicht ergeht, gelten die bisherigen Vorschriften" müsste ohne die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Gültigkeit im Umkehrschluss gefolgert werden, dass § 22 AZO aufgehoben ist, sofern eine Anordnung ergangen ist. Dieser Schluss wird zu Recht vom BVerfG nicht gezogen.

4) Drucksachen des Landtags von Nordrhein-Westfalen 4. Wahlperiode - Band 4 - Nr. 492.

5) Vgl. aaO, S. 17/18.

Aus den genannten Gründen ist entgegen den Einwendungen von Dapprich an dem hier - in Übereinstimmung mit Boldt - gewonnenen Ergebnis festzuhalten.

§ 4: Die Nichtanwendung der §§ 80a ff ABG während der Geltungsdauer des AOG und ihre Auswirkung auf die formelle Gültigkeit der bergrechtlichen Vorschriften

Ogleich die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung auch nach dem Erlass des AOG formell in Kraft geblieben waren, wurden sie während der Geltungsdauer des AOG praktisch nicht mehr angewandt. Auch im Bergbau wurden die Betriebsordnungen auf der Grundlage des AOG erlassen. Es fragt sich nun, ob nicht durch diese Nichtanwendung der §§ 80a ff ABG in den Jahren 1934 bis 1945 die formelle Gültigkeit der Vorschriften beseitigt worden ist. Dies wäre dann der Fall, wenn nach unserer Rechtsordnung die Nichtanwendung einer Rechtsvorschrift ein Absterben, ein "Obsoletwerden" dieser Vorschrift zur Folge hätte.

Grundsätzlich führt nach unserer Rechtsordnung nur die Aufhebung einer Rechtsvorschrift zu deren Wegfall. Ohne Aufhebung tritt eine Rechtsvorschrift nur dann ausser Kraft,

wenn ihre Geltungsdauer bereits bei ihrem Erlass begrenzt wurde und diese Zeit abgelaufen ist (Zeitgesetz);

wenn die "Verhältnisse, auf die sie sich bezieht oder unter denen sie allein eine sinnvolle Regelung darstellt, für immer weggefallen sind" ¹⁾.

Diese beiden Fälle liegen hier jedoch nicht vor. Die Geltungsdauer der hier zur Erörterung stehenden Vorschriften des ABG ist niemals eingeschränkt gewesen. Auch die Verhältnisse, auf die sich diese Vorschriften beziehen, sind nicht weggefallen. Die §§ 80a ff ABG regeln die arbeitsrechtlichen Verhältnisse des Bergmanns unter besonderer Berücksichtigung der Erfordernisse, die sich aus der Eigenart des Bergbaues ergeben.

1) Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 45 II 2; ebenso Lehmann, aaO, § 3VIII 2; Lange, aaO, § 7 VI 3.

Diese Verhältnisse mögen sich zwar mit der Einführung des Führerprinzips geändert haben. Eine solche Änderung der Verhältnisse aber führt nicht bereits zum Wegfall der Rechtsvorschriften, die sich auf sie beziehen ¹⁾.

Nur die hier genannten Gründe können nach unserer Rechtsordnung zum Wegfall einer Rechtsvorschrift führen. Die dauernde Nichtanwendung einer Rechtsvorschrift berührt daher deren formelle Gültigkeit nicht. "Ein tatsächliches Absterben, ein Obsoletwerden kennt unsere Rechtsordnung als allgemeine Erscheinung nicht" ²⁾.

Die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung haben somit ihre formelle Gültigkeit bis zum Jahre 1945 behalten, obgleich sie seit dem Erlass des AOG praktisch nicht mehr angewandt wurden ³⁾.

1) Lehmann, aaO, § 3 VIIIb; BGHZ Bd. 1 S. 375.

2) Lange, aaO, § 7 VI 1; a.A. Maunz Staatsrecht, S. 40 nach dessen Ansicht die Weimarer Verfassung nach dem Jahre 1933 durch Nichtanwendung untergegangen ist. Zutreffender erscheint es jedoch, mit Giese - Staatsrecht, S. 65; Komm. z.GG, Art. 140 Anm. II - davon auszugehen, dass der WV mit dem Wegfall der sie bedingenden Grundlagen des Staatslebens lediglich in ihrer Gesamtheit der Charakter des Staatsgrundgesetzes entzogen worden ist, dass sie in einzelnen Vorschriften als einfaches Gesetz aber fortgegolten hat.

3) So im Hinblick auf die Folgen der Nichtanwendung auch Dapprich in Bergbaurundschau 1949, S. 31; Krell, ebendort, S. 82.

II. KAPITEL: Der Einfluss der Kontrollratsgesetzgebung
auf die Geltung der §§ 80a ff ABG

=====

Nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches am 8. Mai 1945 übten die Alliierten die legislative Gewalt in Deutschland aus. Die Gültigkeit der §§ 80a ff ABG könnte durch die Gesetzgebung der Alliierten beeinflusst worden sein. Es wäre zunächst einmal möglich, dass die unter der Herrschaft des AOG fortbestehende formelle Gültigkeit der bergrechtlichen Vorschriften durch ein Gesetz der Alliierten aufgehoben worden ist. Zum anderen könnte aber durch ein solches Gesetz auch die bestehende materielle Einschränkung beseitigt worden sein und die §§ 80a ff ABG dadurch wieder uneingeschränkte Gültigkeit erlangt haben.

§ 5: Der Einfluss des Kontrollratsgesetzes Nr. 22

Zunächst soll untersucht werden, ob die Vorschriften des ABG durch ein Gesetz der Alliierten auch formell ausser Kraft gesetzt worden sind. Hier kommt vor allem das Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10. April 1946 ¹⁾ in Betracht. Dieses Gesetz bestimmt in Art. XII, dass alle deutschen Gesetze, die zu dem Kontrollratsgesetz in Widerspruch stehen, aufgehoben oder entsprechend geändert werden.

A. Zweck und Wesen des KRG Nr. 22

Der Zweck des KRG Nr. 22 war es, die auf dem Gebiet des Betriebsräterechts bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Die Unsicherheit war dadurch entstanden, dass es nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches zweifelhaft war, ob und gegebenenfalls inwieweit das AOG noch galt. Ferner war fraglich, ob nicht das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 ²⁾ wieder aufgelebt und somit wieder anwendbar war. Schliesslich war

1) Amtsblatt der Militärregierung Nr. 9 S. 197 ff. mit Berichtigung des deutschen Textes in Amtsblatt Nr. 11, S. 239.

2) RGBl. I S. 147

es denkbar, dass keines dieser Gesetze mehr galt und auf dem Gebiet des Betriebsräterechts ein Gesetzesvakuum bestand ¹⁾. Mit dem KRG Nr. 22 sollte die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt und eine neue Rechtsgrundlage für die Bildung und die Tätigkeit der Betriebsräte geschaffen werden. Im Gegensatz zum Betriebsrätegesetz von 1920 stellte das KRG Nr. 22 jedoch keine umfassende oder abschliessende Regelung des Betriebsräterechts dar. Es war vielmehr nur ein Rahmengesetz, das lediglich Richtlinien für die Bildung und die Tätigkeit der Betriebsräte aufstellen wollte ²⁾. Dies folgt aus dem ganzen Charakter des Gesetzes, insbesondere aber aus der Einleitung des Art. V. In dieser Bestimmung heisst es ausdrücklich, dass anderweitige deutsche Regelungen des Betriebsräterechts bestehen bleiben sollten. Das Fehlen einer umfassenden Regelung erklärt sich aus dem Willen des Kontrollrats, in Abkehr von den Methoden des nationalsozialistischen Regimes auch auf dem Gebiet des Betriebsräterechts "den staatlichen Zwang so weit wie möglich zugunsten einer aus dem freien Spiel der Kräfte sich ergebenden Lage zurückzudrängen" ³⁾.

B. Der Einfluss des KRG Nr. 22

I. Die Regelung des Rechts der Arbeitsordnung nach dem KRG Nr. 22

In Art. V Abs. 1 Ziff. b gewährte das KRG Nr. 22 dem Betriebsrat das Recht, mit dem Arbeitgeber über "Vereinbarungen für den Erlass von Betriebsordnungen zum Zwecke des Arbeitsschutzes (einschliesslich der in das Gebiet der Unfallverhütung, ärztlichen Betreuung, betriebshygienischen und sonstigen Arbeitsbedingungen, Regelung von Einstellungen und Entlassungen und Abstellung von Beschwerden fallenden Angelegenheiten) zu verhandeln". Durch die nach Art. V Abs. 1 Ziff. b zugelassenen Betriebsordnungen konnten also im wesentlichen die gleichen

1) G. Hueck, Betriebsvereinbarung, S. 10; Zigan, Betriebsvereinbarungen nach KRG Nr. 22, S. 11.

2) G. Hueck, aaO, S. 59.

3) Oppler in SJZ 1947, Sp. 171.

Angelegenheiten geregelt werden wie durch die früheren Arbeitsordnungen nach §§ 134a GewO, 78 Ziff. 3 aBRG bzw. 80a ABG. Diese Übereinstimmung rechtfertigt die Folgerung, dass die Regelung des KRG Nr. 22 in Anlehnung an diese Bestimmungen erfolgte. Wenn der Kontrollrat in Art. V die Betriebsordnung erwähnte, so wird daher davon auszugehen sein, dass hiermit das gleiche Rechtsinstitut gemeint war, wie es auf Grund der GewO bzw. des ABG bereits zuvor bestanden hatte. Hierfür spricht auch die Annahme, dass der Kontrollrat bei seiner Gesetzgebung für Deutschland "im Zweifel sich an den in der deutschen Rechtsübung entwickelten Begriff mit den ihm eigenen Rechtsfolgen halten wollte" ¹⁾. Dementsprechend ist zu folgern, dass der Kontrollrat in Art. V. Abs. 1 Ziff. b dem Betriebsrat das Recht zum Abschluss einer Arbeitsordnung im Sinne der §§ 134a GewO bzw. 80a ABG gewähren wollte ²⁾.

Es besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen der nach Art. V Abs. 1 Ziff. b zugelassenen Arbeitsordnung und der Arbeitsordnung nach dem früheren § 134a GewO bzw. nach § 80a ABG. Die letzteren Bestimmungen begründeten für den Arbeitgeber die öffentlich-rechtliche Pflicht, eine Arbeitsordnung mit bestimmten Inhalt zu erlassen. Eine solche Pflicht ist in dem KRG Nr. 22 nicht normiert worden. Ziff. b des Art. V regelte lediglich die Mitwirkung des Betriebsrats beim Erlass einer Arbeitsordnung. Der Regelung des Betriebsrätegesetzes von 1920 entsprechend war der Betriebsrat zu dieser Mitwirkung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Die Bestimmung sagte jedoch nichts darüber aus, ob etwa für den Arbeitgeber eine Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung bestand. Da diese Pflicht im Gegensatz zur Regelung des ABG und früher der GewO nicht ausdrücklich normiert worden ist, muss davon ausgegangen werden, dass diese Pflicht grundsätzlich auch nicht bestehen sollte. Dies folgt auch daraus, dass das KRG Nr. 22 nicht zwingend den Inhalt der Arbeitsordnung bestimmte. Schließlich spricht hierfür der aus dem ganzen Charakter des Gesetzes

1) Citron in DRZ 1948 S. 425.

2) So auch die h.L.; vgl. Galperin in Betr.Ber.1950, S. 25; Erdmann in BlStSozArbR 1948 S. 204.

erkennbare Wille des Kontrollrats, auf diesem Rechtsgebiet einen staatlichen Zwang so weit wie möglich zu vermeiden.

Es ist also festzustellen, dass nach dem KRG Nr. 22 der Arbeitgeber im Gegensatz zur Regelung des ABG grundsätzlich nicht verpflichtet war, eine Arbeitsordnung bestimmten Inhalts zu erlassen ¹⁾. Das KRG Nr. 22 ging vielmehr von dem Grundsatz aus, dass der Abschluss einer Arbeitsordnung in den freien Willen der beiden Partner gestellt sein sollte.

II. Die Vereinbarkeit der §§ 80a ff ABG mit dem KRG Nr. 22

Zu diesem Grundsatz der Freiwilligkeit stand die Regelung des ABG, insbesondere § 80a, zum Teil in Widerspruch. Art. XII KRG Nr. 22 bestimmte, dass widersprechende deutsche Gesetze aufgehoben oder den Bestimmungen des Kontrollratsgesetzes entsprechend abgeändert wurden. Aus dieser Vorschrift könnte gefolgert werden, dass zumindest ein Teil der §§ 80a ff ABG als aufgehoben oder doch wenigstens als abgeändert gelten müsste. Eine solche Folgerung liesse aber Art. V des KRG Nr. 22 unberücksichtigt. In der Einleitung dieser Bestimmung heisst es, dass der Betriebsrat, die dort aufgezählten Rechte nur besitzen soll, "soweit nicht anderweitige gesetzliche Regelungen oder Beschränkungen bestehen". Bei der Auslegung dieser Vorschrift ist zu berücksichtigen, dass in Art. V nicht nur die Aufgaben des Betriebsrats bestimmt wurden, sondern gleichzeitig hiermit das Recht der Arbeitsordnung geregelt wurde. Dementsprechend sind die einleitenden Worte auch auf die in Art. V getroffene Regelung des Rechts der Arbeitsordnung zu beziehen. Es folgt dann aus der Einleitung des Art. V, dass der dort mittelbar ausgesprochene Grundsatz der Freiwilligkeit nur insoweit gelten sollte, als nicht anderweitige Regelungen oder Beschränkungen bestanden.'

1) So auch Reuscher in SJZ 1947 Sp. 30; Dietz in RdA 1949 S. 164; ein ungenannter Autor in Arbeitsbl. f.d.brit. Zone 1947 S. 362 Anm. 1.

Es fragt sich nunmehr, in welchem Verhältnis Art. V zu Art. XII stand, der die Aufhebung widersprechender Vorschriften aussprach. Durften die in Art. V erwähnten "anderweitigen Regelungen" in Widerspruch zu der Regelung des KRG Nr. 22 stehen, oder waren sie nur insoweit zulässig, als ein solcher Widerspruch nicht bestand ?

G. Hueck ¹⁾ vertritt die Ansicht, dass diese "anderweitigen Regelungen" gemäss Art. XII dem Kontrollratsgesetz nicht widersprechen durften". Gegen diese Auslegung des Art. V spricht aber der Wortlaut dieser Bestimmung. Der Geltungsbereich dieses Artikels wurde in seiner Einleitung nicht nur durch das Bestehen anderweitiger gesetzlicher "Regelungen", sondern auch durch das Bestehen anderweitiger gesetzlicher "Beschränkungen" eingeengt. Eine Beschränkung bedeutet aber begriffsnotwendig immer einen Widerspruch zu der durch sie eingeschränkten Regelung. Aus der Erwähnung der gesetzlichen "Beschränkung" folgt daher, dass die ausserhalb des KRG Nr. 22 bestehenden Vorschriften im Rahmen des Art. V auch dann als weiterhin gültig anzusehen waren, wenn sie der Regelung des Kontrollratsgesetzes widersprachen. Hierfür spricht auch, dass nach den Worten des Art. V die dortige Regelung nur grundsätzlich gelten sollte. Im Zusammenhang mit der dargelegten Einschränkung des Geltungsbereichs der Vorschrift folgt hieraus, dass der Kontrollrat in Art. V eine Regelung nur insoweit treffen wollte, als noch keine speziellen gesetzlichen Bestimmungen bestanden. Im Rahmen des Art. V war Art. XII daher nicht anzuwenden ²⁾.

Das KRG Nr. 22 berührte dementsprechend auch die Gültigkeit der ausserhalb dieses Gesetzes bestehenden Vorschriften über die Arbeitsordnung nicht. Selbst diejenigen Vorschriften, die in Widerspruch zu Art. V Abs. 1 Ziff. b den Arbeitgeber zum Erlass einer Arbeitsordnung verpflichteten ³⁾ - wie § 80a

1) Betriebsvereinbarung, S. 59.

2) So auch Draht in RdA 1948, S. 132.

3) Die Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit dem KRG Nr. 22 wird auch von Dietz in RdA 1949 S. 164 bejaht; auch Reuscher in SJZ 1947 Sp. 30 scheint hiervon auszugehen.

ABG - oder aber staatlichen Stellen einen Einfluss auf die Ausgestaltung der Arbeitsordnung einräumten - wie § 80h ABG - blieben weiterhin gültig ¹⁾. Die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung sind daher auch nach dem Erlass des KRG Nr. 22 in vollem Umfang in Kraft geblieben ²⁾.

§ 6: Der Einfluss des Kontrollratsgesetzes Nr. 40

Auch nach dem Erlass des KRG Nr. 22 war es zweifelhaft geblieben, ob und gegebenenfalls inwieweit das AOG weiterhin angewandt werden durfte. Diese strittige Frage wurde durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. November 1946 ³⁾ entschieden. Mit Wirkung vom 1. Januar 1947 hob dieses Kontrollratsgesetz das AOG in seinem ganzen Umfang auf ⁴⁾, ⁵⁾.

Es fragt sich nun, wie sich die Aufhebung des AOG auf die Geltung der §§ 80a ff ABG ausgewirkt hat.

-
- 1) A.A. Dapprich, Leitfaden des Bergrechts, 2.Aufl. S. 129 und 131 in Anmerkung zu § 80a und § 80g ABG. In den nachfolgenden Auflagen fehlen diese Anmerkungen.
 - 2) So anscheinend auch Dapprich, Bergbau Rundschau 1949 S. 31 in Widerspruch zu seiner in der vorangehenden Anmerkung erwähnten Auffassung.
 - 3) Amtsblatt der Militärregierung Nr. 16 S. 397.
 - 4) Boldt, Festschrift für Herschel, S. 60, vertritt die Auffassung, dass die Aufhebung des AOG erst durch das KRG Nr. 56 vom 30. Juni 1947 (Amtsbl. d. Militärregierung Nr. 20 S. 564) erfolgt sei. Gegen diese Auffassung spricht jedoch der klare Wortlaut des KRG Nr. 40 wie der des KRG Nr. 56.
 - 5) Reuscher vertritt in SJZ 1947 Sp. 26 die Ansicht, dass das AOG bereits durch Art. XII des KRG Nr. 22 aufgehoben worden sei. Aus dem Erlass des KRG Nr. 40 folgt jedoch, dass der Kontrollrat durch Art. XII des KRG Nr. 22 das AOG zumindest in seiner Gesamtheit nicht aufheben wollte.

A. Überblick über die in der Rechtslehre vertretenen
Auffassungen

Boldt ¹⁾ kommt bei der Untersuchung dieser Frage zu dem Ergebnis, dass mit der Aufhebung des AOG die bisherige Einschränkung der materiellen Gültigkeit der §§ 80a ff ABG fortgefallen sei. Die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung seien damit wieder uneingeschränkt gültig geworden.

Dieses Ergebnis teilen auch Krell ²⁾ und Nikisch ³⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, dass das AOG die §§ 80a ff ABG formell nicht aufgehoben habe - wobei "formell" hier im Sinne von "ausdrücklich" zu verstehen ist. Die Vorschriften des ABG seien daher nur bedeutungslos geworden und hätten ihre Bedeutung mit dem Wegfall des AOG wieder zurückerlangt ⁴⁾. Diese Begründung erscheint jedoch nicht überzeugend, da die Möglichkeit einer stillschweigenden Aufhebung der §§ 80a ff ABG unberücksichtigt bleibt.

Nach Dapprich ⁵⁾ hat die Aufhebung des AOG keinerlei Einfluss auf die Geltung der bergrechtlichen Vorschriften über die Arbeitsordnung. Ein Teil dieser Vorschriften sei durch das AOG stillschweigend aufgehoben worden und habe auch nach dem Wegfall des AOG nicht wieder aufleben können ⁶⁾. Dapprich wendet sich gegen das von Boldt gewonnene Ergebnis. Es läuft seiner Ansicht nach darauf hinaus, dass ein Gesetz, das stillschweigend durch ein jüngeres Gesetz aufgehoben worden sei, mit dem Wegfall dieses Gesetzes wieder auflebe ⁷⁾.

1) Festschrift für Herschel, S. 60.

2) Bergbau Rundschau 1949 S. 82.

3) BetrBer. 1953, S. 177 Anm. 9.

4) So auch Dapprich in Bergbau Rundschau 1949, S. 31

5) ZfB Bd. 97 S. 107 ff.

6) So auch Dietz in RdA 1949 S. 164.

7) Dapprich, aaO, S. 108.

B. Die Geltung der §§ 80a ff ABG nach der Aufhebung des AOG

Wie die Formulierung der Einwendung verdeutlicht, geht Dapprich im Gegensatz zu Boldt und der hier vertretenen Auffassung aber wiederum davon aus, dass ein Teil der bergrechtlichen Vorschriften über die Arbeitsordnung durch das AOG schlechthin ausser Kraft gesetzt worden ist.

I. Wesen und Folgen der Aufhebung eines Gesetzes

Folgt man dieser Ansicht, so ist Dapprich darin zuzustimmen, dass die Aufhebung des AOG in diesem Fall die Geltung der §§ 80a ff ABG nicht berühren konnte. Die durch das AOG aufgehobenen Vorschriften des ABG hätten dann auch nach dem Wegfall des AOG nicht mehr wirksam werden können. Dieses Ergebnis entspräche dem in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, dass ein aufgehobenes Gesetz auch nach dem Wegfall des aufhebenden Gesetzes nicht wieder auflebt ¹⁾, ²⁾.

Die Geltung dieses Grundsatzes gegenüber nationalsozialistischen Gesetzen ist allerdings umstritten. Nach Loppuch ³⁾ folgt aus Art. I Abs. 2 des KRG Nr. 1 vom 20. September 1945 ⁴⁾, dass nach dem Willen des Kontrollrats vernationalsozialistische Gesetze wieder aufleben sollten. Art. I Abs. 2 des KRG Nr. 1 besagte, dass durch die Aufhebung der in Abs. 1 dort genannten Gesetze kein Gesetz wieder in Kraft treten sollte, "das nach dem 30.1.1933 erlassen und das durch die oben erwähnten Gesetze aufgehoben worden ist". Aus der Angabe des 30.1.1933 als Stichtag folgt nach der Ansicht von Loppuch, dass die vor diesem Stichtag erlassenen Gesetze mit dem Wegfall der sie aufhebenden nationalsozialistischen Gesetze wieder in Kraft getre-

-
- 1) So zum früheren Recht: Arndt, aaO, Art. 13 Anm. 2; Anschütz, aaO, Art. 13 Anm. 3a; RGZ Bd. 19 S. 181. Zum heutigen Recht: Dennewitz, Bonn. Komm., Art. 31 Anm. II 2d; Holtkotten, ebendort, Art. 142 Anm. II 1a; BGH, Urteil v. 10.5.51 - in NJW 1951, S. 958.
 - 2) Das Wiederaufleben der durch das AOG aufgehobenen Vorschriften verneinen in Anerkennung dieses Grundsatzes: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht (6.Aufl.), II.Bd., S. 744 Anm. 3; Zigan, aaO, S. 16; G.Hueck, Betriebsvereinbarung, S. 12; Dietz in RdA 1949 S. 164; Reuscher in SJZ 1947 Sp. 26.
 - 3) Komm.z.Betriebsrätengesetz, S. 101.
 - 4) Amtsblatt der Militärregierung Nr. 5 S. 35 ff.

ten sind ¹⁾.

Es wird jedoch davon auszugehen sein, dass der Kontrollrat bei seiner Gesetzgebung für Deutschland im Zweifel sich an die in der deutschen Rechtsübung entwickelten Grundsätze halten wollte ²⁾. Nach dieser Rechtsübung kann aber ein aufgehobenes Gesetz nur durch ausdrückliche Bestimmung wieder in Kraft gesetzt werden. Art. I Abs. 2 des KRG Nr. 1 enthielt nur eine Bestätigung dieses Grundgedankens für einen besonderen Fall. Auch nationalsozialistischen Gesetzen gegenüber gilt daher der Grundsatz, dass aufgehobene Gesetze mit dem Wegfall des aufhebenden Gesetzes nicht wieder aufleben ³⁾.

II. Wesen und Folgen der Einschränkung der materiellen Gültigkeit eines Gesetzes

Kann und muss dieser Grundsatz aber auch dann - sinngemäss - Anwendung finden, wenn eine Rechtsnorm nicht aufgehoben, sondern lediglich in ihrer materiellen Gültigkeit eingeschränkt worden ist, wie dies bei den §§ 80a ff ABG nach dem Erlass des AOG der Fall war?

Die Frage muss verneint werden. Dies folgt aus den grundlegenden Unterschieden, die zwischen der Aufhebung und der Einschränkung der materiellen Gültigkeit einer Rechtsnorm bestehen. Wird eine Rechtsnorm aufgehoben, so bedeutet das ihre völlige Vernichtung in formeller und materieller Hinsicht. Von dem Zeitpunkt der Aufhebung an existiert die Norm nicht mehr und kann deshalb auch später nicht wieder aufleben. Wird dagegen - wie bei den §§ 80a ff ABG - nur die materielle Gültigkeit einer Rechtsnorm eingeschränkt, so wird diese damit zwar unanwendbar, besteht formell aber weiter. Im Gegensatz zur Aufhebung wird somit nicht die Existenz der Norm, sondern lediglich ihre Anwendbarkeit beseitigt. Die Einschränkung der materiellen

-
- 1) Zu diesem Ergebnis kommen auf Grund mehr betriebspraktischer und sozialpolitischer Erwägungen auch Erdmann in B1StSozArbR 1948 S. 204; Leydhecker, ebendort, S. 69; Erdmann-Leydhecker, abc des Arbeitsrechts, S. 38.
 - 2) Citron in DRZ 1948 S. 425.
 - 3) So auch Dietz in RdA 1949 S. 164.

Gültigkeit unterscheidet sich von der Aufhebung jedoch nicht nur in der Intensität der Einwirkung auf die Rechtsnorm, sondern auch in dem zeitlichen Ausmass der Einwirkung. Die Aufhebung einer Rechtsnorm bedeutet deren zeitlich unbegrenzte Ausserkraftsetzung. Die Einschränkung der materiellen Gültigkeit einer Rechtsnorm hängt dagegen zeitlich von dem Bestehen des einschränkenden Gesetzes ab; sie bedeutet lediglich eine zeitlich begrenzte Suspension der Rechtsnorm. Dies folgt daraus, dass das einschränkende Gesetz die formelle Gültigkeit der Norm unberührt lässt und lediglich der materiellen Gültigkeit der Norm eine Schranke zieht. Diese Schranke besteht, solange das einschränkende Gesetz in Kraft ist. Mit dessen Aufhebung fällt aber auch die bestehende Einschränkung fort. Der Wegfall des einschränkenden Gesetzes führt daher wieder zur uneingeschränkten materiellen Gültigkeit der Rechtsnorm ¹⁾. Eines "Auflebens" der Norm in formeller Hinsicht - wie es zur Wiedergeltung einer aufgehobenen Norm nach dem Wegfall des aufhebenden Gesetzes erforderlich wäre - bedarf es nicht, da die materiell eingeschränkte Norm formell immer existent geblieben ist. Hieraus folgt, dass die §§ 80a ff ABG am 1.1.1947 wieder uneingeschränkte Gültigkeit besaßen. Zu diesem Zeitpunkt entfiel mit der Aufhebung des AOG durch das KRG Nr.40 die bis dahin bestehende Einschränkung der materiellen Gültigkeit der bergrechtlichen Vorschriften ^{2), 3)}.

1) So auch Boldt, Festschrift, S. 60.

2) So auch Boldt, Festschrift, S. 60; in demselben Sinne zu anderen Vorschriften BVerfG, Urteil v. 20.5.52, in NJW 1952 S. 737; OLG Celle, Urteil v. 14.6.47, in MDR 1947 S. 168.

3) Wer mit Dapprich davon ausgeht, dass nur die weitergehenden Vorschriften des ABG über den zwingenden Inhalt der Arbeitsordnung erhalten geblieben sind, muss mit der Aufhebung des AOG zu dem Ergebnis kommen, dass nunmehr auch diese Vorschriften weggefallen sind. Mit dem AOG ist dann die Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung weggefallen. Damit ist den Vorschriften über den zwingenden Inhalt der Arbeitsordnung die Grundlage entzogen worden. Da diese Vorschriften für sich allein sinnlos erscheinen, mussten sie mit dem AOG zugleich weggefallen sein; so auch Zigan, aaO, S. 78; Boldt, aaO, S. 60 Anm. 13. Diese Folgerung ist auch in dem Gesetz über das Bergrecht im Lande Hessen vom 1. April 1953 (GVBl.1953 S. 61) gezogen worden. Es heisst dort u.a., dass § 80b weggefallen ist.

III. KAPITEL: Der Einfluss des Betriebsverfassungsgesetzes
- BetrVG - auf die Geltung der §§ 80a ff ABG
=====

Eine neue Rechtslage ist durch den Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952 ¹⁾ - BetrVG - entstanden. Dieses Gesetz hebt die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung zwar nicht ausdrücklich auf; es enthält jedoch einige Bestimmungen, durch die ein Teil der §§ 80a ff ABG stillschweigend ausser Kraft gesetzt worden sein könnte. Bevor der Einfluss des BetrVG auf die Geltung der bergrechtlichen Vorschriften näher untersucht wird, soll aber zunächst auf den Zweck des BetrVG und das Rangverhältnis zwischen dem BetrVG und dem ABG eingegangen werden.

§ 7: Der Zweck des BetrVG und sein Rangverhältnis zum ABG

A. Der Zweck des BetrVG

Durch das KRG Nr. 22 vom 10. April 1946 war nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches wieder eine gesetzliche Grundlage für die Bildung und die Tätigkeit von Betriebsräten geschaffen worden. Dieses Gesetz enthielt jedoch keine umfassende Regelung des Betriebsräterechts, sondern stellte lediglich ein Rahmengesetz dar ²⁾. In der Folgezeit erliessen daher eine Reihe von Ländern der Bundesrepublik eigene Betriebsrätegesetze, in denen sie das Betriebsräterecht umfassend regelten. Diese Landesgesetze wichen inhaltlich zum Teil stark voneinander ab, so vor allem bei der Regelung der Aufgaben des Betriebsrats. Die landesrechtliche Regelung führte somit zu einer Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Betriebsräterechts. Aus dieser Rechtszersplitterung ergab sich die Notwendigkeit, ein Bundesgesetz zu erlassen, das das Betriebsverfassungsrecht einheitlich für die ganze Bundesrepublik regelte. Diese Regelung erfolgte durch das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952.

1) BGBI. I, S. 581.

2) So auch Dietz, BetrVG, Vorbem. 7 vor § 1; vgl. auch hier Seite 32.

Der Zweck des BetrVG war und ist es somit, ein einheitliches Betriebsverfassungsrecht in der Bundesrepublik zu schaffen. Aus diesem Grunde hat das BetrVG die bestehenden landesrechtlichen Regelungen teilweise übernommen, im übrigen aber durch § 90 ausdrücklich aufgehoben.

B. Das Rangverhältnis des ABG zum BetrVG

Der Einfluss des BetrVG auf die Geltung der §§ 80a ff ABG bestimmt sich nach dem Rangverhältnis des ABG zum BetrVG. Wäre das ABG Bundesrecht, so gälte im Verhältnis der beiden Gesetze zueinander der Satz "lex posterior derogat legi priori". Handelt es sich bei dem ABG aber um Landesrecht, so wäre das Verhältnis des ABG zum BetrVG nach Art. 31 GG zu beurteilen. Es muss daher untersucht werden, ob das ABG Bundesrecht ist wie das BetrVG oder nur Landesrecht.

I. Das ABG als Landesrecht

Die Materie des ABG fällt nach Art. 74 Ziff. 11 und 12 GG in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Das ABG wäre deshalb gemäss Art. 125 GG Bundesrecht geworden, wenn es "innerhalb einer oder mehrerer Besatzungszonen einheitlich" gegolten hätte. Was ist nun unter dem Begriff der "einheitlichen Geltung" im Sinne des Art. 125 GG zu verstehen?

Das bisherige Recht ist nach Art. 125 GG zunächst zweifelsfrei dann Bundesrecht geworden, wenn es auf Grund ein und derselben Rechtsquelle einheitlich in einer Besatzungszone gegolten hat ¹⁾. Diese Einheitlichkeit der Rechtsquelle wäre bei dem ABG als früherem preussischen Landesrecht nur dann gegeben gewesen, wenn eine Besatzungszone lediglich ehemals preussische Gebietsteile umfasst hätte. Dies war jedoch nicht der Fall. Auch in der britischen Zone, die grösstenteils aus ehemals preussischen Gebieten gebildet worden war, bestanden neben dem ABG ein braunschweigisches, oldenburgisches und

1) Diese Identität der Rechtsquelle ist nach der Ansicht von Holtkotten, Bonner Komm., Art. 125 Bem. II 7 f, und Giese-Schunk, Komm. z. GG, Art. 125 Bem. II 4, Voraussetzung für die Fortgeltung der vor 1945 erlassenen Rechtsvorschriften als Bundesrecht.

lippisches Berggesetz. Das ABG kann daher nicht als Bundesrecht fortgegolten haben, wenn man die Identität der Rechtsquelle als Voraussetzung des Art. 125 GG ansieht ¹⁾.

Schrifttum und Rechtsprechung sind jedoch darin einig, dass der Begriff der "einheitlichen Geltung" ausdehnend auszulegen ist und auch eine bloss tatsächliche Übereinstimmung diesen Begriff erfüllt ²⁾.

Nach der Auffassung von Dapprich ³⁾ verdeutlicht die Einfügung des Wortes "einheitlich", dass Art. 125 GG nicht das Bestehen einer einheitlichen Rechtsquelle voraussetzt. Ein Gesetz könne in seinem Geltungsbereich begriffsnotwendig nur einheitlich gelten. Daraus folge, dass sich der Ausdruck nur auf mehrere, aber inhaltlichgleiche Gesetze beziehen könne.

Hierfür spricht nach der Ansicht Schäfers ⁴⁾ auch der Zweck des Art. 125 GG. Aus dem Zusammenhang mit Art. 70 und 72 GG ergebe sich, dass Art. 125 GG die Rechtsgleichheit habe erhalten sollen, die bereits vor dem Inkrafttreten des GG auf einigen Gebieten bestanden habe.

Aus diesem Zweck und dem Wortlaut der Vorschrift wird allgemein gefolgert, dass nicht die formelle, sondern die materielle Einheitlichkeit der Geltung als Voraussetzung des Art. 125 GG anzusehen ist. Streitig ist lediglich, wie weit die geforderte inhaltliche Übereinstimmung gehen muss.

Dapprich hält es für erforderlich, dass die nebeneinander bestehenden Gesetze "Paragraph für Paragraph, Abschnitt für Abschnitt inhaltlich wesensgleich sind" ⁵⁾. Eine so weitgehende Übereinstimmung besteht aber zwischen dem ABG und dem braun-

1) Aus diesem Grunde verneint Holtkotten, aaO, die Fortgeltung des ABG als Bundesrecht.

2) So die h.L.: v. Mangoldt, Komm.z.GG, Art. 125 Bem. 2(S.628); Wolff in DRZ 1950, S. 2; Ule in DV 1950, S. 1; Schäfer in der DRZ 1950, S. 30; Schulte in NJW 1951, S. 392; ders. in Glückauf 1950, S. 472; Dapprich in ZfB Bd. 91, S. 466; Bundesrecht und Bundesgesetzgebung (Bericht ü.d.Weinheimer Tagung): Zinn, S. 73/74; Rotberg, S. 104/105; Ipsen, S. 144/145; Beschluss, S. 194; BVerfG, Beschl. vom 11.5.55, in NJW 1955, S. 945. Ebenso in Hinblick auf die nach 1945 erlassenen Rechtsvorschriften Holtkotten, aaO, und Giese-Schunck, aaO.

3) Dapprich, aaO, S. 466.

4) Schäfer, aaO, S. 27.

5) Dapprich, aaO, S. 467.

schweigischen und lippischen Berggesetz nicht. Folgt man der Ansicht von Dapprich, so muss daher die Fortgeltung des ABG als Bundesrecht verneint werden.

Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, dass bereits eine Übereinstimmung der Gesetze in ihren Grundsätzen den Begriff der "einheitlichen Geltung" im Sinne des Art. 125 GG erfüllt ¹⁾. Eine solche Übereinstimmung hält Schulte ²⁾ auf dem Gebiet des Bergrechts innerhalb der früheren britischen Zone auf der Grundlage des ABG für gegeben. Schulte bejaht deshalb die Fortgeltung des ABG als Bundesrecht. Zur Begründung weist er darauf hin, dass die Berggesetze der früheren deutschen Staaten dem ABG nachgebildet worden seien und deshalb auch der Begriff der "preussischen Bergrechtsgruppe" ³⁾ gebildet worden sei.

Die Zugehörigkeit eines Berggesetzes zu dieser Bergrechtsgruppe besagt jedoch noch nicht, dass dieses Gesetz mit den übrigen Gesetzen der Rechtsgruppe in seinen Grundsätzen übereinstimmt. Zunächst bestand zwar in Anlehnung an das ABG eine weitgehende Inhaltsgleichheit zwischen diesen Gesetzen. Boldt, auf den sich Schulte beruft, weist aber darauf hin, dass die Berggesetze später mehrfach geändert worden sind und deshalb auf dem Gebiet des Bergrechts eine weitgehende Rechtsverschiedenheit bestand und heute noch besteht ⁴⁾. Diese Uneinheitlichkeit des Bergrechts ist auch in dem Gebiet der früheren britischen Zone festzustellen. Wie bereits Dapprich dargelegt hat, kennen das lippische wie das oldenburgische Berggesetz im Gegensatz zum ABG das Prinzip der Bergbaufreiheit und den Anspruch des Muters auf Verleihung nicht. Diese Rechtsverschiedenheit in wesentlichen Grundsätzen zwingt dazu, auch für das

1) v. Mangoldt, aaO; Giese-Schunck, aaO; Schulte in NJW 1951, S. 392; Bericht über die Weinheimer Tagung: Beschluss, S. 194; v. Schlütter in Glückauf 1950, S. 474; ders. in NJW 1950, S. 936; Schäfer, aaO; Ule, aaO, S. 3.

2) Schulte, aaO, S. 392.

3) Vgl. Boldt, ABG, S. 5/6.

4) Boldt, aaO, S. 13/14; ders., Recht des Bergmanns, S. 17; in demselben Sinne v. Schlütter in Glückauf 1950, S. 474; vgl. auch die Amtl. Begründung des Gesetzes zur Überleitung des Bergwesens auf das Reich vom 28.2.1935 (RGBl. I, S. 315) in ZfB Bd. 76, S. 35.

Gebiet der früheren britischen Zone eine Inhaltsgleichheit des Bergrechts auf der Grundlage des ABG zu verneinen ¹⁾. Selbst bei einer erweiterten Auslegung des Begriffs der "einheitlichen Geltung" erfüllt das ABG somit die Voraussetzung des Art. 125 GG nicht. Das ABG gilt daher als Landesrecht in seinem bisherigen räumlichen Umfang in den einzelnen Bundesländern fort ²⁾.

II. Die Regelung des Verhältnisses von Landesrecht zu Bundesrecht nach Art. 31 GG

Dem BetrVG als Bundesrecht steht somit das ABG als Landesrecht gegenüber. Die Grundlage für die Beurteilung des Verhältnisses von Bundesrecht zu Landesrecht bildet Art. 31 GG. Es heisst dort, dass Bundesrecht das Landesrecht bricht. Art. 31 GG stimmt dem Wortlaut nach mit Art. 13 WV überein; der abgeänderten Bezeichnung des deutschen Staates entsprechend ist lediglich an die Stelle des Wortes "Reichsrecht" das Wort "Bundesrecht" getreten. Es fragt sich nun, ob dem Art. 31 GG dieser formellen Übereinstimmung entsprechend auch materiell die gleiche Bedeutung zukommt wie dem früheren Art. 13 WV. Wäre dies der Fall, so müssten mit dem Erlass eines Bundesgesetzes alle landesrechtlichen Vorschriften ausser Kraft treten, die den Gegenstand des Bundesgesetzes betreffen ³⁾.

1. Die Auslegung des Art. 31 GG in der Rechtslehre

Die Tragweite des Art. 31 GG ist umstritten. Weitgehend herrscht heute eine föderalistische Auffassung vor, die den sachlichen Geltungsbereich des Art. 31 GG auf widersprechendes

-
- 1) So auch Dapprich, aaO, S. 469; v.Schlütter in NJW 1950, S. 936.
 - 2) So die h.L.: Reuss-Grotefend-Dapprich, ABG, Vorbem. S. 25; Dapprich, aaO, S. 469; Boldt, Festschrift für Herschel, S. 61; BGH, Beschluss v. 24.11.1953, BGHZ Bd. 11 S. 104 ff. und ZfB Bd. 95, S. 211.
 - 3) So die h.L. zu Art. 13 WV: Anschütz, aaO, Art. 13 Anm. 3b; Arndt, aaO, Art. 13 Anm. 2; Stier-Somlo, aaO, S. 380.

Landesrecht beschränkt wissen will ¹⁾. Diese Auffassung stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG und die Existenz des Art. 142 GG.

Hierauf gründet sich jedoch auch die Gegenmeinung, die dem Art. 31 GG die gleiche Tragweite beimisst wie dem früheren Art. 13 WV. Nach dieser Auffassung verfallen daher die mit dem Bundesgesetz inhaltlich übereinstimmenden Landesgesetze ebenso der Aufhebung wie solche Landesgesetze, die der bundesrechtlichen Regelung widersprechen ²⁾.

2. Der sachliche Geltungsbereich des Art. 31 GG

Aus dem Wortlaut des Art. 31 GG lässt sich die Tragweite dieser Bestimmung nicht eindeutig entnehmen. Die äussere Übereinstimmung mit Art. 13 WV spricht zwar dafür, dass der Rechtsatz des Art. 31 GG den gleichen Inhalt hat wie der des Art. 13 WV. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass Rechtsanschauungen sich im Laufe der Zeit wandeln können. Ein Rechtssatz kann daher - trotz gleicher Fassung - innerhalb einer späteren Rechtsordnung eine andere Bedeutung besitzen als zuvor. Die äusserliche Übereinstimmung des Art. 31 GG mit Art. 13 WV lässt daher noch keinen Rückschluss auf den sachlichen Geltungsbereich des Art. 31 GG zu.

Diese Bestimmung wäre inhaltlich dem Art. 13 WV aber dann gleichzusetzen, wenn sie denselben Zweck wie jene Vorschrift verfolgen würde. Es ist deshalb der Zweck des Art. 31 GG zu ermitteln, wie er sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhang des Art. 31 GG mit den übrigen Vorschriften des Grundgesetzes - insbesondere mit Art. 142 GG - ergibt. Zunächst soll auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift eingegangen werden ³⁾.

-
- 1) So Dennewitz, Bonner Komm., Art. 31 Anm. II 2c; ders. in ÖV 1949, S. 341; Hamann, Komm.z.GG, Art. 31 Anm. C 2; Giese, Komm. z.GG, Art. 31 Anm. II 1; Schäfer in JZ 1951, S. 200; Bayr. VerfGH in VerwRspr., 2 Bd., Nr. 94; wohl auch Grewe in DRZ 1949, S. 350.
 - 2) So v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Abs. 31 Anm. IV 3 c; Holtkotten, aaO, Art. 142 Anm. II 1b; Giese-Schunck, aaO, Art. 31 Anm. II 1; Maunz, Staatsrecht, S. 176; Ennecerus-Nipperdey, aaO, § 46 I 2 Anm. 7; Feldmann-Geisel, Deutsches Verfassungsrecht, S. 121; Gross in DVBl. 1950, S. 8.
 - 3) Vgl. hierzu "Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes" in Jb.d.Öff.Rechts. NF Bd. 1, S. 298 ff.

a) Die Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG

Die heutige Fassung des Art. 31 wurde von dem Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates in der 6. Sitzung am 19. November 1948 gebilligt. Der Abgeordnete Dr. Laforet (CDU) schlug in dieser Sitzung die Fassung vor: "Bundesrecht bricht entgegenstehendes Landesrecht". Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass bereits bestehende, weitergehende Grundrechtsvorschriften der Länderverfassungen durch das Grundgesetz nicht aufgehoben würden. Der Abgeordnete Dr. Schmid (SPD) vertrat demgegenüber die Auffassung, "dass der Grundrechtskatalog dieses Grundgesetzes einen Mindeststandard darstellt und dass überall, wo in einem Land etwa noch Rechte darüber hinaus gewährt werden, diese Rechte nicht aufgehoben werden" ¹⁾. Die Hinzufügung des Wortes "entgegenstehendes" sei daher überflüssig. Der Antrag wurde daraufhin abgelehnt, im Protokoll auf Vorschlag aber vermerkt, "dass sich dieser Satz 'Bundesrecht bricht Landesrecht' nur darauf bezieht, dass entgegenstehendes Landesrecht ausgeschlossen ist" ²⁾.

Bei der dritten Lesung des Art. 31 im Hauptausschuss stellte Dr. Laforet in der 48. Sitzung vom 9. Februar 1949 den Antrag, dem Artikel die Fassung "Bundesrecht geht vor Landesrecht" zu geben. Hierdurch sollte verdeutlicht werden, dass übereinstimmendes Landesrecht mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Hiergegen wandten sich die Abgeordneten Dr. Hoch (SPD) und Dr. Dehler (FDP) mit der Begründung, dass Bundesrecht Landesrecht in jedem Fall aufheben solle, damit ein Streit über die Fortgeltung landesrechtlicher Vorschriften von vornherein ausgeschlossen sei ³⁾. Art. 31 wurde hierauf an den Fünferausschuss verwiesen.

Über dessen Beratung führte Dr. von Brentano (CDU) in der 51. Sitzung des Hauptausschusses am 10. Februar 1949 u.a. aus: "... Über den Grundsatz, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, besteht weder im Hauptausschuss noch im Fünferausschuss Meinungsverschiedenheit. Wir wollten von diesem Wortlaut, der

1) Ha-Bericht S. 75.

2) Ha-Bericht S. 76.

3) Ha-Bericht S. 626/627.

uns von der Weimarer Verfassung überkommen ist und einen fest umrissenen Inhalt hat, weder abgehen noch ihn einschränken" ¹⁾.

Ein weiterer Antrag der CDU-Fraktion, dem Artikel die Fassung "Bundesrecht geht vor Landesrecht" zu geben, wurde in der vierten Lesung im Hauptausschuss ²⁾ wie auch in der zweiten Lesung im Plenum ³⁾ abgelehnt. Es blieb bei der heutigen Fassung des Art. 31 GG.

b) Der aus der Entstehungsgeschichte folgende
Zweck des Art. 31 GG

Die gesamte Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG verdeutlicht, dass diese Bestimmung den uneingeschränkten Vorrang des Bundesrechts vor dem Landesrecht sicherstellen und damit gleichzeitig jeden Streit über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Bundesrecht von vornherein ausschliessen soll. Dieser Zweck des Art. 31 GG wurde insbesondere in der 48. Sitzung des Hauptausschusses von Dr. Hoch zum Ausdruck gebracht. Dass die Mehrheit des Hauptausschusses wie des Plenums die Ansicht von Dr. Hoch teilte, folgt aus der zitierten Äusserung von Dr. von Brentano wie auch aus der Tatsache, dass die gestellten Abänderungsanträge abgelehnt wurden. Der in der 6. Sitzung aufgenommene Protokollvermerk, dass sich der Rechtssatz des Art. 31 GG nur auf entgegenstehendes Landesrecht beziehe, spricht nicht hiergegen. Berücksichtigt man den Anlass, der zur Abfassung dieses Vermerkes führte, so ergibt sich, dass sich dieser Vermerk trotz seiner allgemein gehaltenen Fassung nur auf das Verfassungsrecht der Länder bezieht.

Den Ausführungen von Dr. von Brentano entsprechend hat somit der Wortlaut des Art. 31 GG den "fest umrissenen Inhalt" des Art. 13 WV. Das bedeutet, dass durch Art. 31 GG der absolute Vorrang des Bundesrechts gewährleistet werden soll und dementsprechend alle den Gegenstand eines Bundesgesetzes betreffenden Normen des Landesrechts aufgehoben werden.

1) HA-Bericht, S. 673.

2) HA-Bericht, S. 753.

3) Plenum-Bericht, S. 181.

Die in der Rechtslehre vertretene Auffassung, dass Art. 31 GG sich nur auf widersprechendes Landesrecht beziehe, berücksichtigt insbesondere den zweiten Teil der Entstehungsgeschichte nicht ¹⁾. Zur Begründung wird vielmehr nur auf den zitierten Protokollvermerk ²⁾ hingewiesen ³⁾. Hierbei wird jedoch übersehen, dass dieser Vermerk trotz seiner allgemeinen Fassung nur besagen will, dass übereinstimmendes Landesverfassungsrecht mit dem Grundgesetz vereinbar sein soll. Auf die Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG kann sich diese Auffassung daher in keiner Weise stützen.

c) Das Verhältnis des Art. 31 GG zu Art. 142 GG

Die Auffassung, dass der sachliche Geltungsbereich des Art. 31 GG auf widersprechendes Landesrecht zu beschränken sei, wird ferner mit dem Hinweis auf Art. 142 GG begründet. Wie Dennewitz ⁴⁾ sagt, habe "der Verfassungsgeber mit der Textierung des Art. 142 GG an Hand des Beispiels der Grundrechte zu erkennen gegeben, dass er mit dem Bundesrecht übereinstimmendes Landesrecht gewährleiste". In Art. 142 GG wird also eine besondere Bestätigung des Grundsatzes gesehen, dass Bundesrecht nur widersprechendes Landesrecht aufheben solle ⁵⁾. Diese Deutung des Verhältnisses des Art. 142 GG zu Art. 31 GG lässt jedoch den Wortlaut des Art. 142 GG unberücksichtigt. Aus den einleitenden Worten "Ungeachtet der Vorschrift des Art. 31..." geht hervor, dass Art. 142 GG eine Ausnahme von Art. 31 GG zugunsten der Grundrechtsvorschriften in den Länderverfassungen enthält ⁶⁾. Dies folgt auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Art. 142 GG wurde auf Vorschlag des Fünferausschusses in das Grundgesetz aufgenommen. Durch die Einfügung dieses Artikel sollte den von Dr. Laforet vorgetragenen Bedenken Rechnung getragen und zugleich klargestellt werden, dass Art. 31 GG die gleiche Tragweite besitzt wie der frühere Art. 13 WV ⁷⁾.

1) Hierauf weist Mallmann in JZ 1951, S. 255 besonders hin.

2) Vgl. HA-Bericht, S. 76.

3) So Dennewitz, aaO, Anm. I; Schafer, aaO, S. 200.

4) Dennewitz, aaO, Anm. II 2 c.

5) So auch Hamann, aaO, Art. 31 Anm. C 2; Schäfer, aaO, S. 200; Bayr. VerfGH aaO; ähnlich Giese, aaO, Anm. II 1.

6) Wie hier v. Mangoldt-Klein, aaO, Art. 31 Anm. II 2 Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 46 I 2 Anm. 7; Mallmann, aaO, S. 255.

7) Vgl. HA-Bericht, S. 673.

Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des Wortlauts muss Art. 142 GG daher als Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 31 GG gelten, dass auch das mit dem Bundesrecht inhaltlich übereinstimmende Landesrecht der Aufhebung verfällt.

d) Die Tragweite des Art. 31 GG

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 31 GG wie aus seinem Zusammenhang mit Art. 142 GG folgt, dass Art. 31 GG die gleiche Tragweite besitzt wie der frühere Art. 13 WV. Das bedeutet, dass mit dem Erlass eines Bundesgesetzes alle den Gegenstand des Gesetzes betreffenden Normen des Landesrechts ausser Kraft treten. Die mit der bundesrechtlichen Regelung übereinstimmenden Normen verfallen der Aufhebung ebenso wie die Normen, die dem Bundesgesetz widersprechen.

III. Ergebnis

Das ABG hat in keiner der ehemaligen Besatzungszonen einheitlich gegolten. Es gilt also gemäss Art. 125 GG in Verbindung mit Art. 74 Ziff. 11 und 12 GG heute als Landesrecht fort. Sein Verhältnis zum BetrVG bestimmt sich daher nach Art. 31 GG. Diese Bestimmung besitzt den gleichen sachlichen Geltungsbereich wie der frühere Art. 13 WV. Mit dem Erlass des BetrVG sind somit die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung insoweit aufgehoben worden, als sie die Materie des Betr.VG - in übereinstimmender oder abweichender Weise - regeln. Inwieweit dies der Fall ist, wird nunmehr für jede Bestimmung der §§ 80a ff ABG gesondert zu untersuchen sein.

§ 8: Untersuchung der Gültigkeit der einzelnen Vorschriften der §§ 80a ff ABG

A. Der Erlass der Arbeitsordnung

I. Die Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung

§ 80a Abs. 1 S.1 ABG bestimmt, dass in jedem Bergwerksbetrieb von dem Arbeitgeber in Gemeinschaft mit der gesetzlichen Arbeit-

nehmervertretung eine Arbeitsordnung zu erlassen ist. Diese Vorschrift des ABG begründet für den Arbeitgeber eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung. Zugleich wird der gesetzlichen Arbeitnehmervertretung ein Mitwirkungsrecht beim Erlass dieser Arbeitsordnung eingeräumt. Die Gültigkeit dieser bergrechtlichen Vorschrift könnte durch § 90 bzw. durch § 56 BetrVG beseitigt worden sein.

1. Das Verhältnis des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG
zu § 90 BetrVG

Nach § 90 S. 1 BetrVG sind mit dem Inkrafttreten des BetrVG die landesrechtlichen Vorschriften über das Betriebsräterecht und das Betriebsrätewahlrecht ausser Kraft getreten. Dieser Bestimmung entsprechend müsste § 80a Abs. 1 S. 1 ABG als aufgehoben gelten, wenn diese Vorschrift des ABG dem landesrechtlichen Betriebsräterecht zuzurechnen wäre. § 80a Abs. 1 S. 1 ABG gewährt der gesetzlichen Arbeitnehmervertretung, heute also dem Betriebsrat, ein Mitwirkungsrecht beim Erlass der Arbeitsordnung und bestimmt damit eine Aufgabe des Betriebsrats im Bergwerksbetrieb. Man könnte deshalb geneigt sein, diese Bestimmung des ABG als landesrechtliche Vorschrift über das Betriebsräterecht zu werten. Diese Wertung wäre jedoch nur dann zulässig, wenn dem Betriebsräterecht im Sinne des § 90 S. 1 BetrVG alle Rechtsnormen zugerechnet werden müssten, die in irgendeiner Form die Institution des Betriebsrats berühren. Was ist nun unter dem Begriff "Betriebsräterecht" in § 90 BetrVG zu verstehen?

a) Der Begriff "Betriebsräterecht"
in § 90 S. 1 BetrVG

Dem Betriebsräterecht gehören zunächst alle Vorschriften an, deren primärer gesetzgeberischer Zweck es ist, die Bildung und die Tätigkeit des Betriebsrats zu regeln. Dies folgt bereits aus dem Wort "Betriebsräterecht". Dementsprechend sind durch § 90 BetrVG zweifelsfrei die sogenannten "Betriebsrätegesetze" aufgehoben worden, die in einzelnen Bundesländern nach dem Jahre 1946 erlassen worden sind. Zu den aufgehobenen

Vorschriften müssen aber auch diejenigen Landesgesetze gezählt werden, die zwar ihrem Namen nach keine "Betriebsrätegesetze" waren, materiell aber ebenfalls ausschliesslich die Bildung und die Funktion des Betriebsrats betrafen ¹⁾. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz des Art. 31 GG, den § 90 S. 1 BetrVG lediglich in Anwendung auf ein spezielles Rechtsgebiet wiederholt ²⁾.

Fraglich erscheint aber, ob dem Betriebsräterecht auch solche Rechtsnormen zuzurechnen sind, die primär einen beliebigen andersartigen Zweck verfolgen, hierbei jedoch die Funktion des Betriebsrats berühren. Bedenken ergeben sich hiergegen zunächst aus dem Worte "Betriebsräterecht" selbst, denn sprachlich kann hierunter wohl nur die Summe derjenigen Rechtsnormen verstanden werden, deren primärer - wenn nicht einziger - Zweck die Gestaltung der Institution des Betriebsrats ist. Entscheidend spricht gegen eine weitergehende Fassung des Begriffs des "Betriebsräterechts" aber der Zweck des § 90 im Rahmen des BetrVG.

Vor dem Erlass des BetrVG waren die Bildung und die Tätigkeit des Betriebsrats von den einzelnen Bundesländern durch die erwähnten Betriebsrätegesetze in materiell unterschiedlicher Weise geregelt worden. Die Aufgabe des BetrVG war es, eine bundeseinheitliche Regelung zu treffen und damit die bestehende Rechtsverschiedenheit zu beseitigen. Hierzu war die Aufhebung der landesrechtlichen Betriebsrätegesetze erforderlich. Diese Gesetze aufzuheben, war der Zweck des § 90 BetrVG. Nur auf diese Gesetze erstreckt sich daher seine sachliche Geltung. Dies folgt auch aus der Verbindung des Begriffs des Betriebsräterechts mit dem des Betriebsrätewahlrechts in § 90 S. 1 BetrVG, die sich daraus erklärt, dass die Wahlordnungen zum Betriebsrat vielfach selbständig neben den eigentlichen Betriebsrätegesetzen der Länder bestanden ³⁾. Die beson-

1) So das Gesetz Nr. 726 von Württemberg-Baden (sog. Beteiligungsgesetz); das Gesetz des Wirtschaftsrates über die Wählbarkeit zu Betriebsräten vom 9. August 1948; das hessische Gesetz über die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern für Betriebsratslehrgänge vom 10. November 1950; vgl. Dietz, BetrVG, § 90 Anm. 2; Erdmann, BetrVG, § 90 S. 1 Anm. 2; BAG in AP Nr. 1 zu § 37 BetrVG.

2) Vgl. Schriftl. Bericht S. 10026.

3) So Erdmann, aaO, § 90 S. 1 Anm. 2.

dere Erwähnung des Betriebsrätewahlrechts verdeutlicht, dass sich in diesen Fällen der sachliche Geltungsbereich des § 90 BetrVG nicht nur auf die Betriebsrätegesetze, sondern auch auf die neben ihnen bestehenden Wahlordnungen erstrecken sollte.

Es ist somit festzustellen, dass der Begriff des Betriebsrätewahlrechts in § 90 S. 1 BetrVG nur solche Rechtsnormen umfasst, deren primärer Zweck die Regelung der Bildung und der Tätigkeit des Betriebsrats ist ¹⁾.

b) Der Zweck des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG

Durch § 90 S. 1 BetrVG wäre § 80a Abs. 1 S. 1 ABG also nur dann aufgehoben worden, wenn diese Vorschrift des ABG primär dazu gedient hätte, den Betriebsrat am Erlass der Arbeitsordnung zu beteiligen, also ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats im Bergwerksbetrieb zu bestimmen. Aus der geschichtlichen Entwicklung ²⁾ der bergrechtlichen Vorschrift folgt jedoch, dass dies nicht der Fall ist:

Bereits vor der Einfügung des § 80a in das ABG durch das Gesetz vom 24. Juni 1892 war man in der Praxis weitgehend dazu übergegangen, Arbeitsordnungen zu erlassen. Es hatte sich erwiesen, dass durch den Erlass einer Arbeitsordnung und die damit verbundene Darlegung der allgemeinen Arbeitsvertragsbedingungen Streitigkeiten aus den Arbeitsverhältnissen vermieden und dadurch der innerbetriebliche Arbeitsfrieden gesichert werden konnte. Die Gesetzgebung folgte der durch die Praxis eingeleiteten Entwicklung. Durch das sogenannte Reichsarbeiterschutzgesetz vom 1. Juni 1891 ³⁾ wurde der Erlass einer Arbeitsordnung zunächst in Fabriken mit mehr als 20 Arbeitern und durch das preussische Gesetz vom 24. Juni 1892 dann "in

1) Diese Auffassung vertreten wohl auch alle Kommentatoren des BetrVG, wie sich aus der in Anmerkung zu § 90 BetrVG erfolgenden Aufzählung der aufgehobenen Gesetze ergibt; vgl. Erdmann, aaO, § 90 S. 1 Anm. 1; Galperin-Siebert, BetrVG, § 90 Anm. 1, Vorbem. 23 vor § 1; Dietz, BetrVG, § 90 Anm. 2; Küchenhoff, BetrVG, § 88 Anm. 2, § 90 Anm. 2; Radtke-Mayr, BetrVG, § 90 Anm. 1; Treichel, Handbuch z. BetrVG, zu § 90 und § 88 Abs. 2.

2) Vgl. hierzu E. Lippoldes, Betrieb ohne Betriebsvertretung,

3) RGBl. S. 261 ff. /S. 20 ff.

jedem Bergwerksbetrieb" angeordnet. Beide Gesetze verfolgten den gleichen Zweck. Mit Rücksicht auf das Interesse der Öffentlichkeit an der Wahrung des Arbeitsfriedens und am ungestörten Ablauf des Wirtschaftslebens sollten innerbetriebliche Streitigkeiten durch den Erlass einer Arbeitsordnung verhindert werden. Dieser gesetzgeberische Zweck ergibt sich eindeutig aus der Begründung der beiden Gesetze. In der Begründung zum Entwurf des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891 ¹⁾ heisst es:

"Die gesetzliche Regelung des Erlasses der Arbeitsordnung findet ihre Rechtfertigung in der Erwägung, dass eine klare und bestimmte Kundgebung der Bedingungen des Arbeitsvertrages, aus der jeder Arbeiter sich über seine Rechte und Pflichten jederzeit unterrichten kann, die zahlreichen Streitigkeiten, die erfahrungsgemäss aus der Unvollständigkeit und Unklarheit der Arbeitsverträge entstehen, abschneidet und somit zur Erhaltung eines friedlichen Verhältnisses zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern beizutragen geeignet ist".

§ 80a Abs. 1 S. 1 ABG verfolgte dementsprechend allein das Ziel, den Erlass einer Arbeitsordnung im öffentlichen Interesse sicherzustellen. Dieser gesetzgeberische Zweck der bergrechtlichen Vorschrift könnte jedoch durch die spätere Arbeitsgesetzgebung geändert worden sein.

Durch das Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 erlangte die Arbeitnehmerschaft ein Mitwirkungsrecht beim Erlass der Arbeitsordnung. Nach § 78 Ziff. 3 dieses Gesetzes war zum Erlass einer Arbeitsordnung nunmehr eine Betriebsvereinbarung erforderlich. § 80a Abs. 1 S. 1 ABG wurde dementsprechend durch Gesetz vom 18. Dezember 1920 dahingehend geändert, dass die Arbeitsordnung vom Arbeitgeber "in Gemeinschaft mit der gesetzlichen Arbeitervertretung" zu erlassen war. Hierdurch

1) Drucksachen des Reichstags, 8. Legislaturperiode I. Session 1890 Nr. 4 S. 21. Hierauf verweist die Begründung zum Entwurf des preuss. Gesetzes - Drucksachen des Hauses der Abgeordneten, 17. Legislaturperiode IV. Session 1892 Nr. 99 S. 23.

wurde jedoch der mit dieser Bestimmung verfolgte Zweck, den Erlass einer Arbeitsordnung sicherzustellen, in keiner Weise berührt. Das Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmerschaft war lediglich sekundärer Natur gegenüber diesem primären Zweck. Dies folgt vor allem daraus, dass wie bisher allein der Arbeitgeber vor dem Gesetz für den Erlass der Arbeitsordnung verantwortlich war. Nur ihm allein drohte das Gesetz auch weiterhin eine Strafe an ¹⁾, falls eine Arbeitsordnung nicht erlassen wurde. Der Betriebsrat haftete dagegen trotz seines Mitwirkungsrechts für dieses Versäumnis nicht. Dies lässt sich nur damit erklären, dass es dem Gesetzgeber auch weiterhin primär allein darauf ankam, dass eine Arbeitsordnung erlassen wurde, und die Mitwirkung des Betriebsrats demgegenüber nur sekundäre Bedeutung besaß ²⁾. Hieraus folgt, dass die Abänderung des § 80a Abs. 1 S. 1 durch das Gesetz vom 18. Dezember 1920 den Zweck dieser Vorschrift nicht berührt hat.

Es mag zweifelhaft sein, ob die Strafandrohungen des ABG gegenüber dem säumigen Arbeitgeber auch heute noch gelten. Weitgehend wird die Ansicht vertreten, dass die Strafbestimmungen des ABG durch das AOG ausser Kraft gesetzt worden sind ³⁾. Es mag zunächst dahingestellt bleiben, ob diese Ansicht zutrifft. Aber auch wenn sie zuträfe, dürfte aus einer Aufhebung der Strafbestimmungen des ABG nicht der Schluss gezogen werden, dass hiermit das in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gelangende öffentliche Interesse am Erlass einer Arbeitsordnung entfallen sei. Auch während der Geltungsdauer des AOG bestand dieses Interesse fort. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass auch das AOG den Führer des Betriebes zum

1) Die Anwendbarkeit der Strafbestimmungen der GewO bzw. des ABG nach dem Erlass des BRG wird von Hellwig in SchlW. 1932, Sp. 286 bezweifelt. Wie hier E. Lippoldes, aaO, S. 23; Matthes in Arbeitsrecht 1932, Sp. 616; a.A. Klotz in Arbeitsrecht 1932, Sp. 406; nach dessen Ansicht die Strafbestimmungen nach dem Erlass des BRG "leges imperfectae" waren.

2) So auch E. Lippoldes, aaO, S. 23.

3) Mansfeld, AOG, § 27 Anm. 8; Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, AOG, § 27 Anm. 5; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 26 Anm. 55.

Erlass einer Arbeitsordnung verpflichtete ¹⁾. Aus dem möglichen Fortfall der Strafbestimmungen kann daher gleichfalls nicht auf eine Änderung der Zweckbestimmung des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG geschlossen werden.

Schliesslich bleibt zu berücksichtigen, dass mit der Aufhebung des AOG durch das KRG Nr. 40 die Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung weitgehend fortgefallen ist. Lediglich die Berggesetze der Länder und einige arbeitsschutzrechtliche Verordnungen für die sogenannten gefährlichen Betriebe machten den Erlass einer Arbeitsordnung auch weiterhin zur Pflicht. Diese Beschränkung der Erlasspflicht auf einen bestimmten Kreis von Betrieben hat aber den gesetzgeberischen Zweck des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG nicht berührt. Auch die Arbeitsgesetzgebung der nachfolgenden Jahre ging von der Notwendigkeit einer Arbeitsordnung aus und suchte ihren Erlass sicherzustellen. Lediglich der hierbei eingeschlagene Weg unterscheidet sich von der Regelung des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG, nicht jedoch das Ziel.

Abschliessend ist somit festzustellen, dass § 80a Abs. 1 S. 1 ABG früher wie heute primär den Zweck verfolgt hat, den Erlass einer Arbeitsordnung im öffentlichen Interesse sicherzustellen; die Mitwirkung des Betriebsrats beim Erlass der Arbeitsordnung war und ist demgegenüber von sekundärer Bedeutung.

Die Vorschrift kann daher nicht dem landesrechtlichen Betriebsräterecht zugerechnet werden und ist infolgedessen auch nicht durch § 90 S. 1 BetrVG aufgehoben worden.

2. Die Vereinbarkeit des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG mit § 56 BetrVG

§ 80 Abs. 1 S. 1 ABG macht jedem Bergwerksbesitzer den Erlass einer Arbeitsordnung zur Pflicht. Die Vorschrift des ABG müsste gemäss Art. 31 GG als aufgehoben gelten, wenn die dort getroffene Regelung zu der des BetrVG in einem unlösbaren Widerspruch stände.

1) Vgl. §§ 26, 27 AOG.

a) Die Regelung des Erlasses einer Arbeitsordnung nach § 56 BetrVG

Der Begriff der Arbeitsordnung ist dem BetrVG unbekannt. Dennoch regelt aber auch das BetrVG in seinem § 56 den Erlass einer Arbeitsordnung, ohne allerdings diesen Begriff zu benutzen. In § 56 BetrVG heisst es, dass der Betriebsrat in bestimmten, einzeln genannten Angelegenheiten mitzubestimmen hat. Dieses Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezieht sich auf die Aufstellung genereller Regeln über die in § 56 BetrVG genannten Angelegenheiten; der Betriebsrat kann eine Regelung dieser Angelegenheiten durch eine Betriebsvereinbarung verlangen ¹⁾. Der mögliche Inhalt einer solchen Betriebsvereinbarung stimmt im wesentlichen mit dem in § 80b ABG zwingend vorgeschriebenen Inhalt der bergbaulichen Arbeitsordnung überein. Die generelle Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG entspricht daher der Arbeitsordnung ³⁾. § 56 BetrVG betrifft somit denselben Gegenstand wie § 80a Abs. 1 S. 1 ABG: den Erlass einer Arbeitsordnung.

Diese beiden Bestimmungen unterscheiden sich jedoch in einem wesentlichen Punkte. § 80a Abs. 1 S. 1 ABG bestimmt, dass eine Arbeitsordnung erlassen werden muss, begründet also für den Bergwerksbesitzer eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung ⁴⁾. § 56 BetrVG dagegen gewährt dem Arbeit-

-
- 1) So die h.L.: Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 2b; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 148; Küchenhoff, aaO, § 56 Anm. 3; Erdmann, aaO, § 56 Anm. 3; Meissinger, BetrVG, § 56 Anm. 3; G. Hueck in RdA 1952, S. 367; Vielhaber in BetrBer. 1953, S. 358. Die Streitfrage, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht auch bei Einzelmassnahmen besitzt - so Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG, § 56 Anm. 4; Kraegeloh in Betrieb 1952, S. 950; Bovensiepen in AuR 1954, S. 207; ähnlich Galperin-Siebert, aaO, § 56 Anm. 2 ff - bedarf hier keiner Beantwortung, da hier allein das Mitwirkungsrecht bei der Aufstellung genereller Regeln interessiert, das im Schrifttum allgemein anerkannt wird.
 - 2) Es bestehen unwesentliche Abweichungen hinsichtlich des Umfangs der zu regelnden Fragen; vgl. § 80b Ziff. 4 ABG - § 56 Abs. 1 lit. c, d, e BetrVG.
 - 3) So auch Dietz, BetrVG, Vorbem. 7 vor § 56; § 56 Anm. 1; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 153; Kastner bei Bührig, Hdb.d.Betriebsverfassung, S. 96. Meissinger, aaO, § 56 Anm. 4; § 52 Anm. II 2; Koch, Arbeitsordnung, S. 16 und Hessel in Betrieb 1953, S. 801 nennen die Betriebsvereinbarung im Anschluss an die bisherige Terminologie sogar Arbeits- oder Betriebsordnung.
 - 4) Boldt, Festschrift für Herschel, S. 62; Dietz, Festschrift für Nipperdey, S. 159.

geber und dem Betriebsrat einen - gegenseitigen - Anspruch auf eine Regelung der dort genannten Angelegenheiten durch eine Betriebsvereinbarung, zwingt die Parteien aber nicht zum Abschluss dieser Vereinbarung. Es bleibt vielmehr der Initiative des Arbeitgebers und des Betriebsrats überlassen, ob sie ihren Anspruch verwirklichen wollen. Macht aber eine Seite den Anspruch geltend und kommt eine Betriebsvereinbarung dann nicht zustande, so kann eine Regelung notfalls durch einen bindenden Spruch der Einigungsstelle erzwungen werden. Man kann die Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG deshalb als erzwingbare Betriebsvereinbarung bezeichnen ¹⁾. Diese Bezeichnung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 56 BetrVG bei der Regelung des "Erlasses einer Arbeitsordnung" grundsätzlich von dem Gedanken der Freiwilligkeit ausgeht, im Gegensatz zu der Regelung des ABG in § 80a Abs. 1 S. 1

b) Die Notwendigkeit des Erlasses einer
Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb

§ 56 BetrVG regelt somit die Materie des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG in abweichender Weise. Die Vorschrift des ABG müsste deshalb an sich gemäss Art. 31 GG als aufgehoben gelten. Es ist aber zu berücksichtigen, dass Art. 31 GG die gleiche Tragweite besitzt wie der frühere Art. 13 WV ²⁾. Dementsprechend bricht Bundesrecht die Herrschaft des Landesrechts nur insoweit, als es sie nach dem Willen des Gesetzes brechen soll ³⁾. Ein solcher Wille des Gesetzgebers ist hier nicht ohne weiteres anzunehmen, da § 80a Abs. 1 S. 1 ABG gegenüber dem § 56 BetrVG die speziellere Regelung enthält ⁴⁾. Es ist dem Zweck des § 56 BetrVG zu entnehmen, ob auch landesrechtliche Sonder Vorschriften über die Arbeitsordnung ausser Kraft treten sollen.

1) So Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 3; G. Hueck in RdA 1952, S. 366; im gleichen Sinne Galperin-Siebert, BetrVG, Anm. 34 vor § 56.

2) Vgl. die Ausführungen auf S. 46 ff., 50.

3) Bei Inkrafttreten einer neuen allgemeinen Regel ist es unzulässig, ohne weiteres auf die Aufhebung auch der Sonder Vorschriften zu der früheren allgemeinen Regel zu schließen; vgl. Enneccerus-Nipperdey aaO. § 45 I 3; Lehmann aaO. § 3 VIII 1.

aa) Die Einschränkung der in § 56 BetrVG
enthaltenen Grundsatzes der Freiwilligkeit

Der Zweck des § 56 BetrVG ist es, dem Betriebsrat zur Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht in gewissen Angelegenheiten zu geben. Der Betriebsrat soll einen Anspruch auf Abschluss einer Betriebsvereinbarung über diese Angelegenheiten besitzen, zu dem Abschluss dieser Vereinbarung jedoch - ebenso wie der Arbeitgeber - nicht verpflichtet sein. Die Vermeidung jeden staatlichen Zwanges "ist Ausdruck der sozialen Autonomie, der gegenüber auch auf betrieblicher Ebene der Gesetzgeber betonte Zurückhaltung übt" ¹⁾. Es fragt sich nun, ob diese Zurückhaltung des Gesetzgebers so weit geht, dass jede Einschränkung des in § 56 BetrVG niedergelegten Grundsatzes der Freiwilligkeit ausgeschlossen sein soll. Da dieser Grundsatz Ausdruck sozialer Autonomie ²⁾ ist, muss zur Beantwortung der gestellten Frage auf das Verhältnis des Staates zur sozialen Autonomie eingegangen werden.

Seit Beginn des 20. Jahrhunderts hat sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Sozial- und Betriebspartner sachgemässer und damit besser erfolgen kann als durch jede andere Institution ³⁾.

1) Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 3.

2) Nikisch, Arbeitsrecht, II. Bd., S. 50, verneint das Bestehen sozialer Selbstverwaltung auf betrieblicher Ebene, da hier die Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat nur der "Besorgung eigener Angelegenheiten" diene. Wenn Nikisch hiermit auch das Bestehen sozialer Autonomie, die ja einen Teil der sozialen Selbstverwaltung ausmacht, auf betrieblicher Ebene bestreiten will, so muss dieser Ansicht wegen der Wesensähnlichkeit der Betriebsvereinbarung mit dem Tarifvertrag widersprochen werden. Die Betriebsvereinbarung dient - wenn auch auf einer anderen Ebene - ebenso der Selbstregelung der Arbeitsbedingungen durch die Beteiligten wie der Tarifvertrag; Beide Rechtsformen ermöglichen den Beteiligten die Setzung objektiven Rechts und damit eine "Selbstgesetzgebung". Auf der betrieblichen Ebene besteht daher ebenso wie im überbetrieblichen Raum soziale Autonomie.
So auch Meissinger, aaO, § 1 Anm. 2; im gleichen Sinne Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II. Bd., S. 22, 37, 21 Anm. 10; Pechner in RdA 1955, S. 164 ff.; vgl. auch Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 3.

3) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 22.

Dieser Erkenntnis entsprechend hat der Staat diesen Privatverbänden und -personen heute die Regelung der Arbeitsbedingungen überlassen und ihnen damit eine an sich öffentliche Funktion anvertraut ¹⁾. Zur Erfüllung ihrer Funktion sind die Sozial- und Betriebspartner vom Staate mit sozialer Autonomie ausgestattet worden. Dies bedeutet, dass sie zur Regelung der Arbeitsbedingungen auf Grund staatlicher Ermächtigung objektives Recht in der Form des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung setzen dürfen ²⁾.

Die aus Zweckmässigkeitserwägungen gewährte soziale Autonomie ist heute durch die Prinzipien des sozialen Rechtsstaates ³⁾ verfassungsmässig institutionell gewährleistet ⁴⁾. Der Gesetzgeber darf daher bestimmte Institute des Arbeitsrechts, zu denen insbesondere auch das Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates zählt ⁵⁾, nicht beseitigen oder in ihrem Wesensgehalt antasten. Hieraus folgt für die Beantwortung der Ausgangsfrage, dass eine Einschränkung des in § 56 BetrVG enthaltenen Grundsatzes der Freiwilligkeit unzulässig wäre, wenn hierdurch der Wesensgehalt des Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates beeinträchtigt würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Anerkennung einer Verpflichtung zum Erlass einer Arbeitsordnung berührt die Rechte des Betriebsrats nicht; die Regelungsnotwendigkeit zwingt lediglich zur Ausübung dieser Rechte. Da das Institut des Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechtes durch die Verfassung nur institutionell und nicht in allen Einzelheiten gewährleistet wird ⁶⁾, wäre der Gesetzgeber daher zu einer Einschränkung des Grundsatzes befugt.

1) Vgl. Nikisch, aaO, S. 34.

2) Vgl. Prost in NJW 1955, S. 1464; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 21; Schmid in "Soziale Autonomie und Staat", Schriften der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e.V., Band 1, S. 28; Sitzler in "Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Staat unter besonderer Berücksichtigung des Einigungswesens", Schriften der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e.V., Band 2, S. 11.

3) Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.

4) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 22.

5) Hueck-Nipperdey, aaO, S. 37.

6) Fechner, aaO, S. 163; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 142 ff.

Aus der Gewährung sozialer Autonomie auf betrieblicher Ebene und der verfassungsmässigen institutionellen Gewährleistung der Rechte des Betriebsrates folgt aber, dass der Staat und damit auch der Gesetzgeber die Regelung des betrieblichen Lebens möglichst den Betriebspartnern hat überlassen wollen. Grundsätzlich wird daher der Gesetzgeber auch nicht in den Bereich der Betriebspartner regelnd eingreifen wollen. Von seiner Befugnis zu einem solchen Eingriff wird er vielmehr nur dann Gebrauch machen, wenn dies im öffentlichen Interesse erforderlich ist. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die uneingeschränkte Berücksichtigung des autonomen Bereiches der Betriebspartner zu einer Gefährdung hoheitlicher Funktionen des Staates führt. Die Erfüllung dieser Funktionen ist Aufgabe des Staates und damit auch der Gesetzgebung. Es kann daher nicht im Willen des Gesetzgebers liegen, durch die uneingeschränkte Berücksichtigung der Autonomie der Betriebspartner die Erfüllung dieser Funktionen zu beeinträchtigen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Autonomie der Betriebspartner nur insoweit berücksichtigen will, als sich dies mit den sonstigen, nicht auf die Betriebspartner übertragenen Funktionen des Staates vereinen lässt. Hieraus folgt, dass der in § 56 BetrVG enthaltene Grundsatz der Freiwilligkeit nach dem Willen des Gesetzgebers nur insoweit gelten soll, als nicht spezielle staatliche Interessen den Erlass einer Arbeitsordnung erfordern.

bb) Die Unanwendbarkeit des Grundsatzes der
Freiwilligkeit im Bereich des Bergbaus

Der Erlass einer Arbeitsordnung ist im Bergbau aus bergpolizeilichen Gründen notwendig. Die bergbauliche Arbeit ist mit besonderen Gefahren verbunden, die sich aus der Natur des Bergbaus ergeben. Das unsachgemässe Verhalten eines einzigen Arbeitnehmers kann hier zur Gefährdung und Schädigung eines Großteils der gesamten Belegschaft führen. Die Verhütung einer solchen Gefährdung der Belegschaft gehört zu den bergpolizeilichen Aufgaben des Staates. Den bergbaulichen Gefahren kann aber nur durch die Aufstellung klarer Verhaltensmassregeln für die Belegschaftsmitglieder begegnet werden. Die Auf-

stellung solcher Verhaltensmassregeln liegt daher im bergpolizeilichen Interesse des Staates und ist zur Erfüllung seiner bergpolizeilichen Aufgabe notwendig.

Hieraus folgt, dass der Erlass einer Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb nicht nur der Initiative des Arbeitgebers und des Betriebsrats überlassen werden kann und soll. Die Gewährung einer uneingeschränkten sozialen Autonomie würde hier in Widerspruch zu den bergpolizeilichen Interessen des Staates stehen. Wegen dieser speziellen Interessen des Staates kann der allgemeine Grundsatz der Freiwilligkeit im Bereich des Bergbaus keine Geltung besitzen. Dieser Grundsatz steht daher der aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG sich ergebenden Verpflichtung zum Erlass einer Arbeitsordnung nicht entgegen ¹⁾.

Gegen dieses Ergebnis könnte folgende Überlegung sprechen: In vielen Betrieben der Industrie, wie z.B. in Hütten- und Walzwerken, ist die Arbeit gleichfalls mit hohen Unfallgefahren verbunden. Den obigen Folgerungen entsprechend müsste daher auch in diesen Betrieben der Erlass einer Arbeitsordnung aus gewerbepolizeilichen Gründen erforderlich sein. Eine Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung besteht hier jedoch nicht. Im Bereich der Industrie bedarf der Staat also zur Erfüllung seiner polizeilichen Aufgaben der Aufstellung von Arbeitsordnungen offenbar nicht. Hieraus könnte man den Schluss ziehen, dass dann auch für den Bereich des Bergbaus ein spezielles polizeiliches Interesse des Staates am Erlass einer Arbeitsordnung nicht gegeben sein kann.

Stillschweigend setzt diese Schlussfolgerung aber die Vergleichbarkeit des Bergwerksbetriebes mit anderen Industriebetrieben im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Arbeit voraus. Hieran fehlt es jedoch. Aus der nebenstehenden Tabelle ²⁾ ergibt sich, dass die Zahl der Verletzten im Bergbau, für die in den Geschäftsjahren 1953 bis 1959 von den Berufsgenossenschaften zum ersten Male eine Rente oder ein Krankengeld aus der Unfallversicherung gezahlt worden ist, im Durchschnitt - auf je 1000 Vollarbeiter bezogen - ungefähr

1) So auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 62; a.A. Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

2) Vgl. S. 63.

Tabelle: Arbeitsunfälle ¹⁾

Jahr	Spalte 1 2)	Spalte 11 3)	Spalte 14 4)	Jahr	Spalte 1 2)	Spalte 11 3)	Spalte 14 4)
1953	a) 10,71	1,27		1954	a) 10,70	1,16	
	b) 5,68	0,47			b) 5,46	0,34	
	c) 3,81	0,23			c) 3,68	0,25	
	d) 3,68	0,20			d) 3,27	0,21	
1955	a) 15,86	1,52		1956	a) 13,28	1,08	
	b) 4,71	0,30			b) 5,84	0,35	
	c) 4,10	0,24			c) 4,39	0,20	
	d) 3,73	0,19			d) 3,10	0,20	
1957	a) 13,01	1,08		1958	a) 13,55	1,23	
	b) 5,31	0,35			b) 5,34	0,27	
	c) 4,19	0,15			c) 4,56	0,21	
	d) 2,87	0,17			d) 2,82	0,13	
1959	a) 13,71	1,07		1960	a) liegt noch		
	b) 4,61	0,65			b) nicht vor!		
	c) 4,44	0,17			c)		
	d) 2,57	0,14			d)		

1) Entnommen und zusammengestellt aus:

Nachweisung der Geschäfts- und Rechnungsergebnisse
der gewerblichen Berufsgenossenschaften.

Bearbeitet im Hauptverband der gewerblichen
Berufsgenossenschaften in Bonn. - Tabelle II a

2) Berufsgenossenschaften: a) Bergbau

b) Hütten- und Walzwerke

c) Maschinenbau- und Kleineisenindustrie

d) Chemische Industrie

3) Verletzte, für die im Geschäftsjahr zum ersten Male
eine Rente oder Krankengeld aus der Unfallversicherung
gezahlt worden ist - auf 1000 Vollarbeiter bezogen.

4) Zahl der tödlichen Unfälle - auf 1000 Vollarbeiter bezogen.

250 % der entsprechenden Zahl in den Hütten- und
Walzwerken,

310 % der entsprechenden Zahl in der Maschinenbau-
und Kleineisenindustrie,

695 % der entsprechenden Zahl in der chemischen
Industrie

betrug ¹⁾. Die Zahl der tödlichen Unfälle im Bergbau betrug ²⁾
- auf je 1000 Vollarbeiter bezogen - durchschnittlich ungefähr

375 % der entsprechenden Zahl in den Hütten- und
Walzwerken,

590 % der entsprechenden Zahl in der Maschinenbau- und
Kleineisenindustrie,

695 % der entsprechenden Zahl in der chemischen
Industrie.

Diese Zahlen verdeutlichen, dass der Gefährlichkeitsgrad der bergbaulichen Arbeit ungleich höher ist als der Gefährlichkeitsgrad in anderen Betrieben der Industrie. In dieser Hinsicht besteht somit keine Vergleichbarkeit zwischen dem Bergwerksbetrieb und anderen Industriebetrieben. Die Folgerung, dass der Gesetzgeber die Verpflichtung zum Erlass einer Arbeitsordnung im Bergbau nicht anders regeln könne und wolle als in den übrigen Zweigen der Industrie, geht daher fehl. Aus der Unterschiedlichkeit des Gefährlichkeitsgrades muss vielmehr auf den entgegengesetzten Willen des Gesetzgebers geschlossen werden.

Hierfür spricht formal auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber das Arbeitsordnungsrecht im Bergbau bereits in der Vergangenheit anders behandelt hat als in den übrigen Wirtschaftszweigen. Drei Punkte seien hier genannt:

-
- 1) Bei der Ermittlung der Werte sind die Zahlen der Hütten- und Walzwerksberufsgenossenschaft etc. aus Spalte 11 der Tabelle im Verhältnis zu der entsprechenden Zahl der Bergbauberufsgenossenschaft gleich 100 % gesetzt worden; aus den Summen der einzelnen Jahreswerte sind durch Division mit der Anzahl der Jahre die angegebenen Durchschnittswerte ermittelt worden.
 - 2) Die Ermittlung der Werte erfolgte in derselben Weise wie zu Anm. 2, jedoch unter Verwertung der Zahlen aus Spalte 14 der Tabelle.

1. Während nach den Vorschriften der Gewerbeordnung eine Arbeitsordnung nur in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern erlassen werden musste, bestand diese Erlasspflicht nach dem ABG für jeden - auch noch so kleinen - Bergwerksbetrieb.
2. Für alle Zweige der gewerblichen Wirtschaft galten grundsätzlich unterschiedslos die allgemeinen Vorschriften der Gewerbeordnung. Nur für den Bereich des Bergbaus existierten in den §§ 80a ff ABG umfassende Sondervorschriften.
3. Diese Sondervorschriften für den Bergbau galten im Gegensatz zu den allgemeinen Vorschriften der Gewerbeordnung für die übrige gewerbliche Wirtschaft auch unter der Herrschaft des AOG fort.

Für die Unanwendbarkeit des in § 56 BetrVG enthaltenen Grundsatz der Freiwilligkeit in dem Bereich des Bergbaus spricht letztlich auch die Behandlung der sogenannten gefährlichen Betriebe durch den Gesetzgeber. Für diese Betriebe sind auf Grund der Vorschriften der Gewerbeordnung besondere Gesetze erlassen worden, die der Unfallverhütung dienten. Diese Gesetze zwangen die Betriebspartner zur Regelung bestimmter arbeitsschutzrechtlicher Angelegenheiten und damit zum Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung. Die arbeitsschutzrechtlichen Gesetze für die sogenannten gefährlichen Betriebe gelten heute noch. Daher ergibt sich indirekt aus diesen Gesetzen auch unter der Herrschaft des § 56 BetrVG für die Betriebspartner in den gefährlichen Betrieben die Verpflichtung zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung bestimmten Inhalts ¹⁾. Der Grund für diese Regelung ist in dem hohen Gefährlichkeitsgrad der Arbeit und der hierdurch bedingten Notwendigkeit klarer Verhaltensregeln für die Belegschaft zu sehen. Dieser Grund ist aber in gleichem Maße auch im Bereich des Bergbaus gegeben, denn gerade hinsichtlich seiner Gefährlichkeit

1) So die h.L.: Dietz, Betr.VG, § 56 Anm. 4; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 160; Fitting-Kraegerloh-Auffahrt, aaO, § 56 Anm. 8; Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, VIII Teil, § 56 Betr.VG, Anm. 18.

kann und darf der Bergwerksbetrieb nur mit den sogenannten gefährlichen Betrieben verglichen werden. Aus der Gleichheit der Bedingungen muss auf die Gleichheit der Behandlung durch den Gesetzgeber geschlossen werden, denn es ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber Gleiches ungleich behandeln sollte.

Es ist daher daran festzuhalten, dass der allgemeine, in § 56 BetrVG enthaltene Grundsatz der Freiwilligkeit im Bereich des Bergbaus wegen spezieller bergpolizeilicher Interessen des Staates keine Geltung besitzen kann. Dieser Grundsatz steht somit der aus § 80 Abs. 1 S. 1 ABG sich ergebenden Verpflichtung zum Erlass einer Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb nicht entgegen ¹⁾.

3. Die vom Bergwerksbesitzer im Rahmen des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu treffenden Maßnahmen

Der Bergwerksbesitzer ist also auch heute noch verpflichtet, für den Erlass einer Arbeitsordnung zu sorgen. Es soll nunmehr untersucht werden, welche Massnahmen der Bergwerksbesitzer treffen muss, um seiner Verpflichtung aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu genügen. Art und Umfang der erforderlichen Massnahmen können von dem Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Betriebsvertretung abhängig sein. Die Untersuchung ist deshalb für den Bergwerksbetrieb mit Betriebsvertretung und dem Bergwerksbetrieb ohne Betriebsvertretung gesondert durchzuführen. Da die Arbeitsordnung heute vielfach im Wege des Tarifvertrages erlassen wird, soll ferner erörtert werden, ob diese Form des Erlasses mit § 80a Abs. 1 S. 1 ABG vereinbar ist und welche Massnahmen der nicht tarifgebundene Bergwerksbesitzer in Hinblick auf die Arbeitsordnung zu treffen hat. Abschliessend wird dargelegt werden, welche Folgen die Versäumung der erforderlichen Massnahmen für den Bergwerksbesitzer zeitigt.

1) Die Vereinbarkeit einer aus Sondervorschriften sich ergebenden Verpflichtung zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung bestimmten Inhalts mit § 56 BetrVG bejahen unter Hinweis auf § 24 Abs. 1 Nr. 2 AZO auch: Galperin-Siebert, aaO, § 56 Anm. 1; Nikisch in BetrBer. 1953, S. 177 und Anm. 9 dort; Koch, Arbeitsordnung, S. 16 und Anm. 1 dort.

a) Der Erlass der Arbeitsordnung im Bergwerks-
betrieb mit Betriebsvertretung

Nach den Worten des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG ist die Arbeitsordnung vom Bergwerksbesitzer "in Gemeinschaft mit der gesetzlichen Arbeitervertretung" zu erlassen. Besteht eine Betriebsvertretung, so bedeutet dies, dass die Arbeitsordnung in Form einer Betriebsvereinbarung zwischen dem Bergwerksbesitzer und dem Betriebsrat zu vereinbaren ist. Um seiner Verpflichtung aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu genügen, muss der Bergwerksbesitzer den Abschluss dieser Betriebsvereinbarung herbeiführen. Er ist deshalb nicht nur berechtigt, sondern - über § 56 BetrVG hinausgehend - sogar verpflichtet, dem Betriebsrat die Vereinbarung einer Arbeitsordnung vorzuschlagen. An die Stelle des sich aus § 56 BetrVG ergebenden Initiativrechts tritt für den Bergwerksbesitzer aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG die Pflicht zur Initiative. Der Grund hierfür liegt darin, dass im Bereich des Bergbaus der Grundsatz der Freiwilligkeit nicht gilt. Hieraus folgt auch, dass der Bergwerksbesitzer die Einigungsstelle anrufen muss, wenn er sich mit dem Betriebsrat nicht einigen kann.

b) Der Erlass der Arbeitsordnung im Bergwerks-
betrieb ohne Betriebsvertretung

Kann und muss eine Arbeitsordnung aber auch dann erlassen werden, wenn eine Betriebsvertretung fehlt?

In den Betrieben sind nach § 1 BetrVG Betriebsräte zu bilden. Kleinbetriebe, die weniger als fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, unterliegen nach § 8 Abs. 1 BetrVG dieser Betriebsratspflicht jedoch nicht. Dies gilt auch für grössere Betriebe, von deren ständig beschäftigten Arbeitnehmern nicht mindestens drei im Sinne des § 7 BetrVG wählbar sind. Liegen die in § 8 BetrVG genannten Voraussetzungen in einem Betrieb nicht vor, dann ist dieser Betrieb betriebsratsunfähig; ein Betriebsrat kann hier nicht gebildet werden. Im übrigen bleibt es der Entscheidung der Arbeitnehmer überlassen, ob ein Betriebsrat gewählt wird oder nicht. Die Bestellung des

Betriebsrates kann nicht erzwungen werden ¹⁾. Ist die Belegschaft an der Wahl eines Betriebsrates nicht interessiert, bleibt daher auch der betriebsratsfähige Betrieb ohne Betriebsvertretung.

Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung setzt aber das Bestehen eines Betriebsrates als der einen Vertragspartei voraus. Die Arbeitnehmerschaft ist zwar Träger der Mitwirkungsrechte ²⁾, kann diese aber nicht selbständig geltend machen. Hierzu ist vielmehr heute allein der Betriebsrat befugt ³⁾. Nur der Betriebsrat kann daher auch Partei einer Betriebsvereinbarung sein. Fehlt der Betriebsrat in einem Betrieb, so ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung ausgeschlossen ⁴⁾.

In einem Bergwerksbetrieb ohne Betriebsvertretung ist somit der Erlass einer Arbeitsordnung in Form einer Betriebsvereinbarung nicht möglich. Ist aus diesem Grunde der Erlass einer Arbeitsordnung im vertretungslosen Betrieb unzulässig?

Im Umkehrschluss könnte aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG gefolgert werden, dass der Arbeitgeber zum Erlass einer Arbeitsordnung nur verpflichtet ist, sofern eine Betriebsvertretung besteht, dass also mit anderen Worten für den Erlass einer Arbeitsordnung die Form der Betriebsvereinbarung erforderlich ist. Aus dem Zweck des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG folgt jedoch, dass dieser Schluss unzulässig ist. Wie bereits dargelegt wurde ⁵⁾, soll

-
- 1) Dietz, BetrVG, § 1 Anm. 71; § 8 Anm. 2; Galperin-Siebert, aaO, § 8 Anm. 16; Küchenhoff, aaO, § 8 Anm. 10 ff; Meissinger, aaO, § 8 Anm. 2; Sahmer, BetrVG, § 1 Anm. 4.
 - 2) So die allgemein h.L.; vgl. Dietz, aaO, Vorbem. 4 vor § 49; Galperin-Siebert, aaO, Anm. 14 vor § 49; Hueck-Nipperdey, aaO, II. Bd., S. 682 ff. Umstritten ist lediglich, ob das Mitbestimmungsrecht der Belegschaft als solcher zusteht - so Dietz, aaO - oder ob es sich letztlich um Rechte der einzelnen Arbeitnehmer handelt - so Galperin-Siebert, aaO; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 683.
 - 3) Wie hier Dietz, aaO, Vorbem. 5 vor § 49; § 52 Anm. 12a; a.A. unter der Herrschaft des KRG Nr. 22 Erdmann in BlSt SozArbR 1948, S. 20; Leydhecker, ebendort, S. 69; Erdmann-Leydhecker, abc des Arbeitsrechts, S. 105; Zigan, Betriebsvereinbarung, S. 19.
 - 4) So auch die h.L.: Hueck-Nipperdey, aaO, S. 776; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 8 Anm. 3; Galperin-Siebert, aaO, § 8 Anm. 21 ff; Dietz, aaO, § 8 Anm. 3; Erdmann, BetrVG, § 8 Anm. 1.
 - 5) Vgl. S. 53 ff.

durch diese Vorschrift der Erlass einer Arbeitsordnung unbedingt sichergestellt werden; das Mitwirkungsrecht der Betriebsvertretung ist demgegenüber nur von sekundärer Bedeutung. Hieraus folgt, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Betriebsvertretung abhängig sein kann. Eine Arbeitsordnung ist in jedem Falle zu erlassen. Lediglich die Form ihres Erlasses ändert sich. Sofern eine Betriebsvertretung besteht, ist deren Mitwirkung beim Erlass der Arbeitsordnung erforderlich; die Arbeitsordnung wird als Betriebsvereinbarung abgeschlossen. Fehlt eine Betriebsvertretung und dadurch die Möglichkeit, eine Betriebsvereinbarung abzuschliessen, so bleibt dennoch die Verpflichtung des Bergwerksbesitzers aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG bestehen. Im Bergwerksbetrieb ohne Betriebsvertretung ist der Bergwerksbesitzer daher berechtigt ¹⁾ und verpflichtet, die Arbeitsordnung einseitig zu erlassen ²⁾.

Aus dem BetrVG ergeben sich keine Bedenken gegen dieses Ergebnis. § 56 BetrVG will zwar grundsätzlich eine einseitige bindende Regelung durch den Arbeitgeber ausschliessen ³⁾. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 56 BetrVG dieses Ziel dadurch zu erreichen sucht, dass es dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zur Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer gewährt. Verzichtet die Arbeitnehmerschaft auf die Wahl eines

1) So im wesentlichen auch Löwisch in BetrBer. 1961, S. 1200 f.

2) Wie hier auch die h.L. unter der Geltung des BRG von 1920; Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 19.9.1924 in SchlW. 1924 Sp. 171; Wölbing-Schultz-Selle, BRG, § 80 Anm. 2; Feig-Sitzler, BRG, § 75 Anm. 2; Kieschke-Syrup, BRG, § 80 Anm. 7; Flatow, BRG, § 75 Anm. 6; Mansfeld, BRG, § 80 Anm. 2d; Lippoldes, Betrieb ohne Betriebsvertretung, S. 23; Ulrichs, Arbeitsordnungen für Arbeiter gewerblicher Betriebe, S. 88 ff; Schuldt, Betriebsvereinbarung, S. 33; Raab in SchlW. 1927 Sp. 86; Matthes in Arbeitsrecht 1932 Sp. 617; Potthof in Gruchot 1927 S. 288; - a.A. Hueck-Nipperdey (3.-5.Aufl.) II.Bd. § 34 I 6; Hellwig in SchlW. 1932 Sp. 284; Klotz in Arbeitsrecht 1932 Sp. 402 ff. A.A. zum heutigen Recht im Hinblick auf die sog. Zwergbetriebe: Galperin-Siebert, aaO, § 8 Anm. 15; Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

3) Vgl. Meissinger, aaO, § 56 Anm. 4; Sahmer, aaO, § 56 Anm. 3.

Betriebsrates, so verzichtet sie damit gleichzeitig auf die Wahrnehmung ihrer Mitbestimmungsrechte ¹⁾. Dann muss aber auch ihr Interesse an der Mitwirkung des Betriebsrates beim Erlass der Arbeitsordnung unberücksichtigt bleiben ²⁾. - Handelt es sich um einen betriebsratsunfähigen Betrieb, so ist das BetrVG nicht anwendbar ³⁾. Bedenken gegen die Zulässigkeit einer einseitigen Regelung durch den Bergwerksbesitzer können sich deshalb auch in diesem Fall nicht aus dem BetrVG ergeben. Es ist somit festzustellen, dass die Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb ohne Betriebsvertretung einseitig von dem Bergwerksbesitzer zu erlassen ist.

c) Der Erlass der Arbeitsordnung im Wege des Tarifvertrages

Heute wird die Arbeitsordnung vielfach als Tarifvertrag zwischen den Gewerkschaften und den zuständigen Arbeitgeberverbänden des Bergbaus vereinbart. Als Beispiel sei hier die "Arbeitsordnung für die im Aachener, Niedersächsischen und Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbau tätigen Arbeiter und Tarifangestellten" vom 1. September 1950 genannt ⁴⁾. Dieser Tarifvertrag enthält Bestimmungen über die Einstellung und Kündigung der Arbeitnehmer, die Arbeitszeit, die Grundsätze des Arbeitsentgelts, das Gedinge und die Ordnung des Betriebes. Es erfasst also auf überbetrieblicher Ebene im wesentlichen die Fragen, deren Regelung nach § 80b ABG zum zwingenden Inhalt der bergbaulichen Arbeitsordnung gehört. Ähnlich gestaltete Tarifverträge gelten in den meisten übrigen Bereichen des Bergbaus; lediglich im Kleinbergbau bestehen solche überbetrieblichen Regelungen der Arbeitsordnungen kaum ⁵⁾.

1) So auch Meissinger, aaO, § 8 Anm. 2.

2) Wie hier Lippoldes, aaO, S. 23; LAG Kiel, Urteil vom 7.9.1950, in BetrBer. 1950 S.898.

3) Vgl. Dietz, BetrVG, Vorbem. 15 vor § 1; § 1 Anm. 73; § 8 Anm. 3.

4) Die Arbeitsordnung ist inzwischen zum 31. Dezember 1961 aufgekündigt worden; eine ähnlich gestaltete Arbeitsordnung soll jedoch in Kürze wieder abgeschlossen werden.

5) Vgl. die Zusammenstellung der wichtigsten geltenden Tarifverträge bei Boldt, Recht des Bergmanns, S. 221 ff.

Zwei Fragen ergeben sich in diesem Zusammenhang:

- 1) Ist der Erlass der Arbeitsordnung im Wege des Tarifvertrags mit § 80a Abs. 1 S. 1 ABG vereinbar?
- 2) Kann und muss eine Arbeitsordnung in den Bergwerksbetrieben erlassen werden, die nicht von den in ihrem Bergbauzweig geltenden Tarifverträgen erfasst werden?

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer tarifvertraglichen Regelung der Arbeitsordnung könnten sich aus dem Wortlaut des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG ergeben. Es heisst dort, dass die Arbeitsordnung "von dem Bergwerksbesitzer ... in Gemeinschaft mit der gesetzlichen Arbeitsvertretung" zu erlassen ist. Aus der Erwähnung der beiden Betriebspartner könnte man folgern, dass nur eine Regelung auf betrieblicher Ebene zulässig sei. Diese Folgerung liesse aber den Zweck des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG unberücksichtigt. Wie bereits ausgeführt wurde ¹⁾, verfolgte der Gesetzgeber mit der Normierung des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG primär allein das Ziel, den Erlass einer Arbeitsordnung im öffentlichen Interesse unbedingt sicherzustellen. Die Art und Weise, wie die Arbeitsordnung erlassen wird, war und ist demgegenüber von sekundärer Bedeutung ²⁾. Die Einfügung der Worte "... in Gemeinschaft mit der gesetzlichen Arbeitsvertretung" durch das Gesetz vom 18. Dezember 1920 ³⁾ bezweckte lediglich, der Arbeitnehmerschaft die Wahrung ihrer Interessen bei dem Erlass der Arbeitsordnung zu ermöglichen. Der Tarifvertrag bietet hierfür aber die gleichen Möglichkeiten wie die Betriebsvereinbarung. Deshalb ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber hiermit die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsordnung ausschliessen wollte. Hiergegen spricht letztlich auch, dass vor der Neufassung des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG das Tarifvertragsrecht durch die sogenannte Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 ⁴⁾ erstmalig gesetzlich geregelt worden ist. Der Erlass der Verordnung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Bedeutung des Tarifvertrags erkannt hatte und noch zu ver-

1) Vgl. die Ausführungen auf S. 53 ff.

2) Vgl. hierzu auch die Ausführungen auf S. 68 ff.

3) Pr. GS 1921 S. 97.

4) Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestellten-ausschüsse und die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten (RGBl. S. 1456).

grössern suchte. Die Annahme, durch die zeitlich nachfolgende Neufassung des § 80a Abs. 1 S. 1 ABG sollte die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsordnung ausgeschlossen werden, widerspricht diesem Trend und ist deshalb abzulehnen. Bei den folgenden Erörterungen wird somit davon auszugehen sein, dass die bergbauliche Arbeitsordnung auch als Tarifvertrag abgeschlossen werden kann.

Wie bereits erwähnt wurde, ist von dieser Möglichkeit bereits weitgehend Gebrauch gemacht worden. Für alle Bergbaubetriebe, die von einem der geltenden Tarifverträge erfasst werden, erübrigt sich eine betriebliche Regelung der Arbeitsordnung. Es fragt sich, ob und in welcher Form eine Arbeitsordnung in den Betrieben erlassen werden muss, deren Besitzer nicht tarifgebunden ¹⁾ sind.

Nach § 59 BetrVG sind Betriebsvereinbarungen insoweit unzulässig, als Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG erfasst nur Betriebsvereinbarungen über materielle Arbeitsbedingungen; Betriebsvereinbarungen über Fragen der Ordnung des Betriebes - die sogenannten formellen Arbeitsbedingungen - schliesst § 59 BetrVG nicht aus. Dies folgt aus dem unmittelbaren Zusammenhang, in dem die "sonstigen" Arbeitsbedingungen in § 59 BetrVG mit dem Arbeitsentgelt, der wichtigsten materiellen Arbeitsbedingung, genannt werden. Überdies leuchtet es unmittelbar ein, dass die Gestaltung der betrieblichen Ordnung immer auf die gegebenen Verhältnisse eines konkreten Betriebes zugeschnitten sein muss und deshalb auf betrieblicher Ebene erfolgen muss ²⁾.

Die Mehrzahl der Bestimmungen, die nach § 80b ABG in der bergbaulichen Arbeitsordnung enthalten sein müssen, betrifft formelle Arbeitsbedingungen und wird somit von § 59 BetrVG nicht berührt. Es sind jedoch auch einige materielle Arbeitsbedingungen in der bergbaulichen Arbeitsordnung zu regeln. Hierzu

1) Vgl. § 3 Abs. 1 TVG.

2) Allgemein h.L.; vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II. Bd., S. 835; Dietz, BetrVG, § 59 Anm. 7; Galperin-Siebert, BetrVG, § 59 Anm. 6; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG, § 59 Anm. 4.

zählt zunächst die Bestimmung über das Ausmass von Überstunden bzw. die Zahl zusätzlicher Nebenschichten ¹⁾, denn "die Dauer der Arbeitszeit ist eine der wichtigsten materiellen Arbeitsbedingungen überhaupt" ²⁾. Ferner gehören hierher die Bestimmungen über die Voraussetzungen für eine Veränderung oder Aufhebung des Gedinges sowie über die Art der Lohnbemessung, falls eine Gedingevereinbarung nicht zustandekommt ³⁾. Diese Arbeitsbedingungen haben materiellen Charakter, weil sie den Arbeitsentgeltanspruch des Arbeitnehmers betreffen ⁴⁾. Fraglich erscheint, ob auch die Bestimmungen über Anfang und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen ⁵⁾ den materiellen Arbeitsbedingungen zuzurechnen sind ⁶⁾. Man muss dies verneinen, denn materielle Arbeitsbedingung kann nur die Länge der Arbeitszeit sein, da nur sie, nicht aber ihre Lage am Tage und ihre Aufteilung durch Pausen Inhalt eines Arbeitsvertragsverhältnisses sein kann ⁷⁾. Es ist also festzuhalten, dass die bergbauliche Arbeitsordnung nach § 80 b ABG insgesamt drei materielle Arbeitsbedingungen regeln muss: das Ausmass von Überstunden, die Änderung oder Aufhebung des Gedinges, die Art der Lohnbemessung ausserhalb des Gedinges.

Es würde über den Rahmen der Untersuchung hinausgehen, wollte man alle tarifvertraglichen Arbeitsordnungen daraufhin untersuchen, ob sie die fraglichen Angelegenheiten regeln und seit wann diese Regelungen bestehen. Es soll deshalb von folgender Situation ausgegangen werden:

In einem speziellen Zweig des Bergbaus gilt seit zehn Jahren eine tarifvertragliche Arbeitsordnung, die unter anderem auch die fraglichen Arbeitsbedingungen regelt. Einige Betriebe innerhalb dieses Bergbauzweiges werden von der Arbeitsordnung

1) § 80b Ziff. 1, letzter Halbsatz.

2) Dietz, aaO, § 56 Anm. 16, 16b; vgl. auch Galperin-Siebert, aaO, § 56 Anm. 29.

3) § 80b Ziff. 2, 4. und 5. Halbsatz.

4) Im gleichen Sinne zu § 56 lit. h BetrVG: Hueck-Nipperdey, aaO, S. 835; Dietz, aaO, § 59 Anm. 10; Galperin-Siebert, aaO, § 56 Anm. 22.

5) § 80b Ziff. 1, 1. und 2. Halbsatz.

6) So fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 59 Anm. 5.

7) So auch die h.L.; vergl. Erdmann, BetrVG, § 59 Anm. 3; Galperin-Siebert, aaO, § 56 Anm. 22, 28; Dietz, aaO, § 59 Anm. 7, 10; LAG Hamm in BetrBer. 1954 S. 804.

nicht erfasst, weil ihre Besitzer nicht tarifgebunden sind ¹⁾. Zunächst ist zu untersuchen, ob in dieser Situation die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen als üblich gelten kann. In der Regel liegt Üblichkeit im Sinne des § 59 BetrVG erst dann vor, wenn die Arbeitsbedingungen in mehreren, aufeinander folgenden Tarifverträgen ständig geregelt worden sind. Ausnahmsweise wird man die Üblichkeit einer tarifvertraglichen Regelung aber auch dann bejahen müssen, wenn statt einer Aufeinanderfolge von Tarifverträgen ein einziger Tarifvertrag gegeben ist, der bereits seit langer Zeit gilt. Denn es kann keinen Unterschied bedeuten, ob die zeitliche Kontinuität der Regelung durch eine Vielzahl von Tarifverträgen oder aber durch einen einzigen Tarifvertrag bewirkt wird ²⁾. Da in der Ausgangssituation der Tarifvertrag bereits seit zehn Jahren besteht, muss die tarifvertragliche Regelung der fraglichen Arbeitsbedingungen in diesem besonderen Zweig des Bergbaus als üblich gelten. Umstritten ist nun, ob im Rahmen des § 59 BetrVG die Frage der Üblichkeit auf den Bereich des Wirtschaftszweiges oder aber auf den einzelnen Betrieb innerhalb des Wirtschaftszweiges bezogen werden muss. Erdmann ³⁾ vertritt die Auffassung, die Sperrwirkung des § 59 BetrVG erfasse nur tarifgebundene Betriebe, da die Souveränität der Tarifpartner sich nicht auf Aussenseiter erstrecken könne. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden; sie widerspricht dem Zweck des § 59 BetrVG. Der Gesetzgeber hat den Sozialpartnern ein Monopol für die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen einräumen wollen, um hierdurch eine gewisse Einheitlichkeit der Gestaltung zu erreichen. Er hat vermeiden wollen, dass die Einheitlichkeit, die sich aus der Üblichkeit tarifvertraglicher Regelung ergibt, durch abweichende Regelungen in einzelnen Betrieben wieder zerstört wird. Hieraus folgt,

-
- 1) Dies entspricht in etwa der Situation, wie sie im Aachener, Niedersächsischen und Rheinisch-Westfälischen Steinkohlenbergbau auf Grund der Arbeitsordnung vom 1.9.1950 gegeben ist.
 - 2) So auch Hueck-Nipperdey, aaO, S. 835 Note 52; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 471; Dietz, aaO, § 59 Anm. 3; Galperin-Siebert, aaO, § 59 Anm. 10; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 59 Anm. 6.
 - 3) Erdmann, BetrVG, § 59 Anm. 4.

dass die Frage der Üblichkeit nicht auf den einzelnen Betrieb, sondern auf den ganzen Wirtschaftszweig bezogen werden muss ¹⁾. Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG erfasst daher im Ausgangsfall auch die Betriebe, deren Besitzer nicht tarifgebunden sind. Hierdurch wird jedoch eine kollektive Regelung der fraglichen Arbeitsbedingungen in diesen Betrieben nicht völlig ausgeschlossen. Durch Betriebsvereinbarung kann die tarifvertragliche Regelung in diesen Betrieben übernommen werden. Eine solche Tarifübernahme ist mit § 59 BetrVG durchaus zu vereinbaren, weil sie nicht in das Monopol der Sozialpartner eingreift, sondern es sogar noch verstärkt und ausdehnt ²⁾. Nach § 80a Abs. 1 S. 1 ABG ist auch der nicht tarifgebundene Bergwerksbesitzer verpflichtet, die drei in § 80b ABG genannten materiellen Arbeitsbedingungen zu regeln. Diese Verpflichtung lässt § 59 BetrVG unberührt; Zweck der Vorschrift des BetrVG ist es allein, einen Eingriff in das Monopol der Sozialpartner zu verhindern. Da ein solcher Eingriff bei einer Übernahme der tariflichen Regelung nicht gegeben ist, bildet die Tarifübernahme für den nicht tarifgebundenen Bergwerksbesitzer die einzige Möglichkeit, seine Verpflichtungen aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG zu erfüllen. Besteht ein Betriebsrat in dem betreffenden Betrieb, so muss der Bergwerksbesitzer den Abschluss einer Betriebsvereinbarung herbeiführen, durch die der Geltungsbereich der tarifvertraglichen Regelung hinsichtlich der genannten materiellen Arbeitsbedingungen auf den Betrieb ausgedehnt wird. Notfalls muss der Bergwerksbesitzer entsprechend § 56 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle anrufen. - Besteht ein Betriebsrat aus gesetzlichen ³⁾ oder sonstigen Gründen nicht, hat der Bergwerksbesitzer die fraglichen Arbeitsbedingungen in Anlehnung an die tarifvertragliche Gestaltung einseitig zu regeln ⁴⁾.

1) H.L.; vgl. statt vieler: Vielhaber in BetrBer. 1953, S. 358; Neumann-Duesberg, aaO, S. 469 und Note 38 ebendort.

2) So auch Galperin-Siebert, aaO, § 59 Anm. 12; Dietz aaO, § 59 Anm. 9; Stahlhacke in Betrieb 1960, S. 581; Neumann-Duesberg, aaO, S. 469/70; ArbG Kassel, Urteil v. 16.12.1958, in Betrieb 1959, S. 60.

3) Vgl. § 8 Abs. 1 BetrVG.

4) Die Berechtigung und Verpflichtung des Bergwerksbesitzers, die Arbeitsordnung dann einseitig zu erlassen, ist bereits auf S. 68 f. dargelegt worden.

d) Die Folgen des Nichterlasses der Arbeitsordnung für den säumigen Bergwerksbesitzer

Es fragt sich nun, was geschieht, wenn der Bergwerksbesitzer die von ihm zu fordernden Massnahmen nicht trifft. § 207 b ABG bestimmt unter anderem, dass der Bergwerksbesitzer mit Geldstrafe und im Unvermögensfalle mit Haft zu bestrafen ist, wenn er seinen Verpflichtungen aus § 80a ABG nicht nachkommt. Nach den §§ 27, 27a StGB ¹⁾ beträgt die Geldstrafe mindestens drei Deutsche Mark und höchstens zehntausend Mark, bei Vergehen, die auf Gewinnsucht beruhen, bis zu einhunderttausend Deutsche Mark.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die Strafbestimmungen des ABG, soweit sie dem besonderen Schutz der Arbeitsordnung dienen, stillschweigend durch das AOG aufgehoben worden sind ²⁾. Diese Ansicht wird in Hinblick auf § 207 b ABG damit begründet, dass der Nichterlass der Betriebsordnung nach dem AOG keinen strafrechtlichen Tatbestand mehr bilde. Die Regelung des ABG sei hiermit unvereinbar und deshalb als unwirksam anzusehen ³⁾.

Es trifft zu, dass das AOG bewusst auf eine Strafandrohung für den Nichterlass der Betriebsordnung verzichtet. Völlig hat jedoch auch das AOG nicht von Zwangsmitteln abgesehen. Nach § 19 Abs. 1 Ziff. 5 AOG konnte der Treuhänder der Arbeit den säumigen Betriebsführer schriftlich auffordern, eine Betriebsordnung zu erlassen. Folgte der Betriebsführer der schriftlichen Aufforderung nicht, so bedeutete dies eine Verletzung der sozialen Ehre, die nach § 36 Abs. 1 Ziff. 3 AOG in Verbindung mit § 38 AOG zu sühnen war ⁴⁾. In der Kriegszeit setzte hier ausserdem das Ordnungsstrafrecht des Treuhänders ⁵⁾ ein ⁶⁾. Die Regelung des AOG unterschied sich von

- 1) I.d.F. der Verordnung über Vermögensstrafen und Bussen vom 6.2.1924 (RGBl. I S. 44); i.d.F. des Art. 7 des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4.8.1953 (BGBl. I S. 735).
- 2) So Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, § 26 Anm. 55; Mansfeld, AOG, § 27 Anm. 8; Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, AOG, § 27 Anm. 5.
- 3) Hueck-Nipperdey-Dietz, aaO, § 26 Anm. 55.
- 4) Mansfeld, aaO, § 26 Anm. 15.
- 5) § 1 der 3. Durchführungsbestimmungen zum Abschnitt III (Kriegslöhne) der Kriegswirtschaftsverordnung vom 2.12.39 (RGBl. I S. 2370) i.Vbdg. mit § 21 Abs. 1 der Kriegswirtschaftsverordnung vom 4.9.1939 (RGBl. I. S. 1609).
- 6) Hueck-Nipperdey-Dietz, aaO, § 26 Anm. 57.

der des ABG also lediglich dadurch, dass an die Stelle der primären Strafandrohung sekundäre Zwangsmittel gesetzt wurden. Der Unterschied ist jedoch noch bedeutend genug, um von einer abweichenden Regelung der Materie durch das AOG sprechen zu können. Hieraus auf eine stillschweigende Aufhebung der bergrechtlichen Strafbestimmungen zu schliessen, ist jedoch entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung nicht möglich. Man muss berücksichtigen, dass der Gesetzgeber des AOG - wie bereits dargelegt wurde - die bergrechtlichen Vorschriften über die Arbeitsordnung nicht aufheben wollte, sondern lediglich ihre Anwendbarkeit eingeschränkt hat. Mit den Vorschriften über den Erlass und den Inhalt der bergbaulichen Arbeitsordnung stehen die Strafbestimmungen zum Schutze dieser Arbeitsordnung ihrem Wesen nach in einem untrennbaren Zusammenhang. Dieser Zusammenhang zwingt zu der Annahme, dass die Strafbestimmungen nach dem Willen des Gesetzgebers der AOG das rechtliche Schicksal der übrigen Vorschriften über die Arbeitsordnung teilen sollten. Es ist daher davon auszugehen, dass das AOG die Strafbestimmungen des ABG, soweit sie dem Schutz der Arbeitsordnung dienen, nicht aufgehoben, sondern lediglich ihre Anwendbarkeit beseitigt hat. Mit der Aufhebung des AOG haben die Strafbestimmungen - wie die übrigen Vorschriften des ABG über die Arbeitsordnung - auch materiell wieder uneingeschränkte Gültigkeit erlangt. Es ist deshalb auch heute noch möglich, den Bergwerksbesitzer gemäss § 207 b ABG mit Geldstrafe oder im Unvermögensfall mit Haft zu bestrafen ¹⁾. Die Höhe der angedrohten Geldstrafe bietet hierbei eine sichere Gewähr dafür, dass kein Bergwerksbesitzer sich seinen Verpflichtungen aus § 80a Abs. 1 S. 1 ABG entziehen wird.

II. Der Erlass besonderer Arbeitsordnungen für einzelne Betriebsabteilungen

§ 80a Abs. 1 S. 2 ABG ermöglicht es, für einzelne Abteilungen des Bergwerksbetriebes gesonderte Arbeitsordnungen zu erlassen. Eine Verpflichtung zu dem Erlass dieser speziellen Ar-

1) Wie die Anmerkungen erkennen lassen, gehen auch Boldt, ABG, Anm. zu § 207 b, und Reuß-Grotefend-Dapprich, ABG, Anm. zu § 207 b, davon aus, dass § 207 b ABG auch in Bezug auf § 80a ABG noch Geltung besitzt.

beitsordnungen besteht jedoch nicht; die Vorschrift besitzt keinen zwingenden Charakter.

Nach § 3 BetrVG gelten Betriebsabteilungen als selbständige Betriebe, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind. Liegen diese Voraussetzungen bei einer Abteilung des Bergwerksbetriebes vor, dann muss diese Abteilung heute als selbständiger Bergwerksbetrieb angesehen werden. In diesem Falle kann § 80a Abs. 1 S. 2 ABG keine Anwendung finden, da hier § 80a Abs. 1 S. 1 ABG eingreift.

§ 80a Abs. 1 S. 2 ABG kann sich daher nur auf Betriebsabteilungen beziehen, die als Teil des Hauptbetriebs im Sinne des § 3 BetrVG anzusehen sind. Diese Abteilungen gelten nach dem BetrVG in keiner Hinsicht als selbständig. Der Geltungsbereich einer für den Hauptbetrieb abgeschlossenen Betriebsvereinbarung umfasst daher grundsätzlich auch die unselbständigen Betriebsabteilungen ¹⁾. Dennoch besteht auch nach dem BetrVG die Möglichkeit, besondere Betriebsvereinbarungen für diese unselbständigen Betriebsabteilungen abzuschliessen. Dies folgt aus § 56 BetrVG. Diese Vorschrift gewährt den Betriebspartnern bei dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung in jeder Hinsicht uneingeschränkte Freiheit. Es bleibt daher auch der Entscheidung der Betriebspartner überlassen, welchen räumlich-sachlichen Geltungsbereich eine Betriebsvereinbarung besitzten soll ²⁾. Der Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung kann also auch auf eine einzelne unselbständige Betriebsabteilung beschränkt werden.

Das BetrVG regelt somit die Materie des § 80a Abs. 1 S. 2 ABG in übereinstimmender Weise. § 80a Abs. 1 S. 2 ABG muss daher gemäss Art. 31 GG als aufgehoben gelten ³⁾.

III. Die Befreiung von dem Erlass einer Arbeitsordnung

§ 80a Abs. 5 ABG sieht vor, dass die Bergbehörde den Bergwerksbesitzer unter bestimmten Voraussetzungen ⁴⁾ von seiner

1) Dietz, BetrVG, § 3 Anm. 2 und 15.

2) So auch Dietz, aaO, § 56 Anm. 11,2; Boldt, Festschrift für Herschel, S. 63/64.

3) Wie hier: Boldt, aaO, S.64; Dapprich in Glückauf 1953, S.364.

4) Eine Ausnahmeerteilung ist nur möglich, wenn der Betrieb "nur von geringem Umfange oder seiner Natur nach von kurzer Dauer ist" (§ 80a Abs. 5).

Verpflichtung zum Erlass einer Arbeitsordnung befreien kann; der Bergwerksbesitzer kann ferner von der Pflicht entbunden werden, alle in § 80 b ABG genannten Angelegenheiten in der Arbeitsordnung zu regeln. Im Schrifttum wird weitgehend die Ansicht vertreten, dass nach dem Erlass des AOG für die Aufrechterhaltung des § 80a Abs. 5 ABG kein praktisches Bedürfnis mehr bestanden habe und die Vorschrift deshalb weggefallen sei ¹⁾.

Die Bedeutung der bergrechtlichen Vorschrift ist heute in der Tat sehr gering. Unzweifelhaft kann die Bergbehörde den Besitzer nicht mehr von seiner Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung befreien, sofern es sich um einen betriebsratsfähigen Betrieb handelt. Dies folgt aus § 56 BetrVG. Eine Befreiungserteilung würde dem dort gewährten Anspruch des Betriebsrats auf den Abschluss einer "Arbeitsordnung" widersprechen und wäre deshalb unzulässig ²⁾. Eine solche Befreiungserteilung ist daher heute nur noch möglich, wenn es sich um einen betriebsberatungsfähigen Betrieb im Sinne des § 8 Abs. 1 BetrVG handelt, da in diesem Falle der § 56 BetrVG nicht gilt ³⁾.

Eine Ausnahmeerteilung hinsichtlich des in § 80b ABG vorgeschriebenen Inhalts der Arbeitsordnung ist gleichfalls nur noch in geringem Umfange möglich. Nach § 56 BetrVG kann der Betriebsrat die Regelung bestimmter Angelegenheiten in der Arbeitsordnung verlangen. Eine Ausnahmeerteilung ist deshalb im betriebsratsfähigen Betrieb nur insoweit zulässig, als ein solcher Anspruch des Betriebsrats nicht besteht. Dies ist nur in Hinblick auf die Bestimmung des § 80b Ziff. 4 ABG der Fall. Nur von der Regelung der dort genannten Angelegenheiten kann die Bergbehörde den Bergwerksbesitzer heute noch entbinden, wenn es sich um einen betriebsratsfähigen Betrieb handelt.

1) Vgl. Ebel, ABG, zu § 80a; Reuß-Grotefend-Dapprich, ABG, § 80a Anm. 1; in ähnlichem Sinne Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

2) So auch Dapprich, aaO, S. 364. Eine Ausnahmeerteilung ist hier auch dann unzulässig, wenn der Betrieb nur von kurzer Dauer ist, da auch in diesem Falle ein Betriebsrat zu bilden ist; vgl. Dietz, BetrVG, § 8 Anm. 10.

3) A.A. Dapprich, aaO, S. 364, der jedoch davon ausgeht, dass der Erlass einer Arbeitsordnung nur in Form einer Betriebsvereinbarung erfolgen kann und deshalb im betriebsratsunfähigen Betrieb ausgeschlossen ist.

§ 80a Abs. 5 ABG ist somit in betriebsratsfähigen Betrieben so gut wie nicht mehr anwendbar. Lediglich für betriebsrats-unfähige Betriebe gilt diese Vorschrift noch uneingeschränkt. Die Bedeutung der Vorschrift ist dementsprechend gering. Wie aus den in § 80a Abs. 5 ABG enthaltenen Einschränkungen hervorgeht, sollte die bergrechtliche Vorschrift aber stets nur in eng begrenztem Umfang anwendbar sein und besass deshalb niemals grosse Bedeutung. Aus diesem Grunde ist es nicht möglich, aus der relativen Bedeutungslosigkeit der Vorschrift auf ihre generelle Unanwendbarkeit zu schliessen ¹⁾. Mit den dargelegten Einschränkungen muss § 80a Abs. 5 ABG vielmehr auch heute noch als gültig angesehen werden.

B. Die Rechtswirkungen der Arbeitsordnung

Nach § 80e Abs. 1 ABG ist die Arbeitsordnung für die Betriebspartner rechtsverbindlich. Mit dieser Bestimmung sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Arbeitsordnung die Grundlage des Arbeitsvertrages und ihr Inhalt für die Rechte und Pflichten der Betriebspartner massgebend ist ²⁾. Der Arbeitsordnung kommt dementsprechend normative Wirkung zu; durch sie werden die Arbeitsverhältnisse unmittelbar gestaltet ³⁾.

Fraglich erscheint, ob der Arbeitsordnung nach § 80e ABG auch Unabdingbarkeitswirkung zukommt. Wäre dies der Fall, so könnte im Einzelvertrag nicht von den Bestimmungen der Arbeitsordnung abgewichen werden. Diese Unabdingbarkeitswirkung wird in § 80e Abs. 2 ABG für die dort genannten Angelegenheiten ausdrücklich festgelegt. Diese Bestimmung legt den Umkehrschluss nahe, dass im übrigen die Regeln der Arbeitsordnung abdingbar sind ⁴⁾. Gegen die Zulässigkeit dieses Umkehrschlusses bestehen jedoch Bedenken, die sich aus dem Zweck der Arbeitsordnung in ihrer

1) Diesen Schluss zieht Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

2) Vgl. die Begründung zum Entwurf der Berggesetznovelle von 1892, aaO, S. 30.

3) So auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 64.

4) Dieser Umkehrschluss ist unter der Herrschaft des BRG von 1920 auch vielfach gezogen worden; vgl. Koehne in NZfA 1930 Sp. 471 ff; Hueck-Nipperdey, aaO, (3.-5.Aufl.) II.Bd., S. 388 und Anm. 39 dort.

Form als Betriebsvereinbarung ergeben. Es ist zu berücksichtigen, dass die Arbeitsordnung heute grundsätzlich in der Form einer Betriebsvereinbarung abzuschliessen ist ¹⁾. Hieraus folgt, dass der Arbeitsordnung nur dann Unabdingbarkeitswirkung zukommen kann, wenn diese Rechtswirkung der heutigen Betriebsvereinbarung eigentümlich ist.

Das BetrVG enthält keine Vorschriften über das Wesen und die Wirkung der heutigen Betriebsvereinbarungen. Der Gesetzgeber hat bewusst der Rechtswissenschaft die Entscheidung hierüber überlassen ²⁾. Wenn zwar auch im Schrifttum noch Streit über das Wesen der Betriebsvereinbarung besteht ³⁾, so ist heute doch unbestritten, dass die Betriebsvereinbarung ebenso normative Wirkung besitzt ⁴⁾ wie die bergbauliche Arbeitsordnung nach § 80e Abs. 1 ABG. Aus dem Zweck der Betriebsvereinbarung als betrieblicher Kollektivvereinbarung folgt, dass der Be-

- 1) Der einseitige Erlass der Arbeitsordnung durch den Arbeitgeber im vertretungslosen Bergwerksbetrieb ist eine Ausnahme, die bei der grundsätzlichen Untersuchung der Rechtswirkung der Arbeitsordnung unberücksichtigt bleiben muss. Die hier eintretenden Rechtswirkungen können keine anderen sein als im Normalfall.
- 2) Schriftl. Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drucksache Nr. 3585, S. 10.
- 3) Die h.L. sieht in der Betriebsvereinbarung eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vertreten durch den Betriebsrat; so Dietz, aaO, § 52 Anm. 12; ders. in RdA 1949, S. 162; Meissinger, aaO, § 52 Anm. II 4; Küchenhoff, aaO, § 52 Anm. 7; Erdmann, BetrVG, § 52 Anm. 8; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 52 Anm. 12; Hueck-Nipperdey, aaO, II. Bd., S. 783 ff; G. Hueck, Betriebsvereinbarung, S. 42 ff; Monjou, BetrVG, S. 60. Demgegenüber sieht Herschel (RdA 1948, S. 47 ff; RdA 1956, S. 168) in der Betriebsvereinbarung ein Statut, das durch parallele Beschlüsse des Arbeitgebers und des Betriebsrats zustande kommt; ebenso Sahmer, aaO, § 52 Anm. 2; Galperin-Siebert, aaO, § 52 Anm. 19 ff; Galperin in Betr.Ber. 1949 S. 374. M.E. ist der h.L. zu folgen, da die Betriebsvereinbarung in Zweck und Zustandekommen dem Tarifvertrag entspricht, der in seinem normativen Teil auch eine Vereinbarung ist.
- 4) So die allgemein h.L.; vgl. statt aller Hueck-Nipperdey, aaO, S. 777 und S. 778 Anm. 18.

triebsvereinbarung darüber hinaus auch Unabdingbarkeitswirkung zukommt. "Ziel aller Kollektivvereinbarungen ist es, die wirtschaftliche Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers auszugleichen" ¹⁾. Diese Schutzfunktion ist jedoch nur gewährleistet, wenn auch im Einzelvertrag nicht von der Kollektivregelung abgewichen werden kann. Dem hat das Gesetz beim Tarifvertrag Rechnung getragen ²⁾. Die Betriebsvereinbarung besitzt aber auf der Betriebsebene die gleiche Schutzfunktion wie der Tarifvertrag. Der Regelung des Tarifvertragsrechts entsprechend ist deshalb auch der Betriebsvereinbarung - zumindest im Rahmen des § 56 BetrVG - Unabdingbarkeitswirkung zuzusprechen ³⁾. Dieselbe Rechtswirkung muss auch der Arbeitsordnung zukommen, da sie der Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG entspricht ⁴⁾.

Nach der hier vertretenen Auffassung stimmen somit die Rechtswirkungen der bergbaulichen Arbeitsordnung mit denen einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG überein. Gemäss Art. 31 GG müsste § 80e Abs. 1-2 ABG deshalb als aufgehoben gelten. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Rechtswirkung der Betriebsvereinbarung heute noch nicht als eindeutig bestimmt gelten kann. Im Schrifttum wird die Unabdingbarkeitswirkung der Betriebsvereinbarung vereinzelt verneint ⁵⁾. Folgt man dieser Ansicht, so müsste die Fortgeltung der hier erörterten Vorschriften - entgegen dem obigen Ergebnis - bejaht werden.

1) Dietz, BetrVG, Vorbem. 18 vor § 56.

2) Vgl. § 4 TVG.

3) Wie hier: Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 123 und Fussnote 9 dort; Galperin in BetrBer. 1949, S. 376; Galperin-Siebert, aaO, § 52 Anm. 57; Meissinger, aaO, § 52 Anm. II 10; Dietz, BetrVG, Vorbem. 18 vor § 56; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 148; ders. in RdA 1949 S. 163; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 52 Anm. 23; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 797; Sahmer, aaO, § 52 Anm. 3.

4) So im Ergebnis auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 64.

5) So vor allem Zigan, Betriebsvereinbarung, S. 26; G. Hueck, Betriebsvereinbarung, S. 103 ff; ders. in RdA 1952 S. 370; A. Hueck in BLStSozArbR 1949 S. 15; Sitzler, Arbeitsrecht-Blattei, Betriebsvereinbarung, E II 2.

Angesichts der Verschiedenheit der Ergebnisse, zu denen die widerstreitenden Auffassungen im vorliegenden Falle führen, erscheint es heute noch nicht gerechtfertigt, § 80e Abs. 1-2 ABG als aufgehoben zu betrachten. Die Weitergeltung dieser bergrechtlichen Vorschriften muss vielmehr noch solange bejaht werden, als die Unabdingbarkeitswirkung der Betriebsvereinbarung als zweifelhaft gilt ¹⁾.

C. Der Inhalt der Arbeitsordnung

I. Der obligatorische Inhalt der Arbeitsordnung

§ 80b ABG schreibt zwingend vor, welche Angelegenheiten in der bergbaulichen Arbeitsordnung zu regeln sind. In Bergwerksbetrieben ist also eine Arbeitsordnung bestimmten Inhalts zu erlassen. Diese Regelung des ABG steht im Widerspruch zu der des BetrVG.

Nach § 56 BetrVG kann zwar jeder der Betriebspartner verlangen, dass die in § 80b genannten Angelegenheiten durch eine Betriebsvereinbarung geregelt werden ²⁾. Es bleibt jedoch der Entscheidung der Betriebspartner überlassen, ob und inwieweit eine Regelung dieser Fragen erfolgt. Im Gegensatz zu der Regelung des ABG sind die Betriebspartner nicht verpflichtet, eine Betriebsvereinbarung bestimmten Inhalts abzuschliessen. Trotz dieses Widerspruchs zu der Regelung des BetrVG ist § 80b aber auch heute noch gültig ³⁾. Dies folgt daraus, dass § 80b ABG in einem untrennbaren Zusammenhang zu § 80a Abs. 1 S. 1 ABG steht, dessen Fortbestand hier bejaht wird. Ist aber der Erlass einer Arbeitsordnung zwingend vorgeschrieben, so ist es damit unvereinbar, die Gestaltung des Inhalts dieser Arbeitsordnung der freien Entscheidung der Betriebspartner zu überlassen. Die bergbaulichen und bergpolizeilichen Gründe, die den Erlass einer Arbeitsordnung im Bergwerksbetrieb notwendig machen, zwingen gleichzeitig dazu, den Inhalt dieser

1) So auch Boldt, aaO, S. 65.

2) Ein solcher Anspruch besteht lediglich in Hinblick auf § 80b Ziff. 4 ABG nicht, da sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 56 BetrVG nicht auf die Erweiterung der Kündigungsgründe und eine Änderung der Kündigungsfristen erstreckt.

3) So auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 65; Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

Arbeitsordnung vorzuschreiben. Eine freie Gestaltung des Inhalts durch die Betriebspartner kann zu einer Gefährdung der bergpolizeilichen Interessen des Staates führen und deshalb vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. § 80b ABG ist aus diesem Grunde entgegen Art. 31 GG auch nach dem Erlass des BetrVG in Kraft geblieben ¹⁾.

II. Die Ergänzungsvorschriften zu § 80b ABG

Die Vorschriften des § 80b Ziff. 3 und 5 ABG werden durch die §§ 80d Abs. 1-2, 80c Abs. 2 ABG ergänzt.

§ 80d Abs. 1 ABG bestimmt in negativer Form die Art der Strafen, die in die Arbeitsordnung aufgenommen werden dürfen, und die Höhe etwaiger Geldstrafen. Abs. 2 regelt die Verwendung dieser Strafgeelder. Das BetrVG erwähnt die Möglichkeit einer Aufnahme von Strafbestimmungen nicht. Es könnte deshalb zweifelhaft sein, ob eine Arbeitsordnung heute noch Strafbestimmungen enthalten darf.

Dies ist sicherlich nicht möglich, sofern es sich um Strafen im Rechtssinne handeln würde, denn der Arbeitgeber besitzt weder kraft Gesetzes eine Strafgewalt gegenüber dem Arbeitnehmer noch kann er sie durch Vertrag erlangen. Bei den Strafen im Sinne des § 80d ABG handelt es sich aber um Ordnungsstrafen, die der Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung dienen. Ihre Rechtsgrundlage finden diese Ordnungsstrafen in der Betriebsordnung, der die einzelnen Arbeitnehmer durch ihre Zugehörigkeit zum Betrieb unterworfen sind ²⁾. Wenn das BetrVG Ordnungsstrafen auch nicht erwähnt, so gibt § 56 Abs. 1 lit. f. BetrVG den Betriebspartnern doch die Möglichkeit und die Berechtigung, die Anordnung und Regelung von Ordnungsstrafen

1) In demselben Sinne zu Vorschriften anderer Gesetze: Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 4; Nikisch in BetrBer. 1953, S. 177; Koch, Arbeitsordnung, S. 16.

2) So auch Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG, § 56 Anm. 38; Galperin-Siebert, BetrVG, § 56 Anm. 73; Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 34; Siebert, Festschrift für Nipperdey, S. 123; a.A. Hueck-Nipperdey, aaO, II. Bd. S. 829, wonach hierin Vertragsstrafen zu sehen sind.

durch eine Betriebsvereinbarung zu verlangen ¹⁾. Hierbei hat der Betriebsrat über die Art und Höhe der Strafen wie über die Einziehung und Verwendung etwaiger Strafgeelder mitzubestimmen ²⁾.

Auch § 80d Abs. 1-2 ABG gewährt in Verbindung mit §§ 80b Ziff. 5, 80a Abs. 1 S. 1 ABG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in diesen Fragen, zieht der freien Entscheidung des Betriebsrats wie des Arbeitgebers aber eine Grenze. Der hierin liegende Widerspruch zu der Regelung des BetrVG kann jedoch nicht zur Aufhebung des § 80d Abs. 1-2 ABG führen. Dies folgt daraus, dass diese Vorschriften lediglich eine Ergänzung des § 80b ABG darstellen und insofern den Bestimmungen über den notwendigen Inhalt der Arbeitsordnung zuzurechnen sind. Die Fortgeltung des § 80d Abs. 1-2 ABG ist daher aus demselben Grunde zu bejahen wie die des § 80b ABG ³⁾. Gleiches gilt für die Vorschrift des § 80c Abs. 2 ABG, der § 80b Ziff. 3 ABG ergänzt.

III. Der fakultative Inhalt der Arbeitsordnung

Nach § 80d Abs. 3 ABG können die Betriebspartner neben den in § 80 ABG vorgeschriebenen Bestimmungen weitere Vorschriften über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb in die Arbeitsordnung aufnehmen. Diese Vorschrift des ABG besitzt keinen zwingenden Charakter. Sie entspricht der Regelung des BetrVG in § 56 Abs. 1 lit. f und § 57. Art. 31 GG entsprechend ist § 80d Abs. 3 ABG daher ausser Kraft getreten ⁴⁾.

1) Vgl. Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 34; Nikisch in BetrBer. 1953, S. 178.

2) Dietz, aaO, § 56 Anm. 34 und 34b; Meissinger, BetrVG, § 56 Anm. 11.

3) Die Fortgeltung des § 80d Abs. 1-2 ABG wird auch von Boldt, Festschrift für Herschel, S. 66 bejaht.

4) So auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 66.

D. Form, Bekanntmachung und Inkrafttreten der
Arbeitsordnung

I. Die Form der Arbeitsordnung

In § 80a Abs. 2 stellt das ABG eine Formvorschrift für die berg-
bauliche Arbeitsordnung auf. Diese Bestimmung könnte durch die
Formvorschrift des § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG aufgehoben worden
sein.

Übereinstimmend ist es nach beiden Vorschriften erforderlich,
dass die Arbeitsordnung bzw. die Betriebsvereinbarung schrift-
lich niedergelegt und von den beiden Betriebspartnern unter-
zeichnet wird. Darüber hinaus schreibt § 80a Abs. 2 ABG vor,
dass die Arbeitsordnung den Namen des Bergwerks, das Datum
der Niederschrift sowie den Zeitpunkt, in dem die Arbeitsord-
nung wirksam werden soll, angeben muss.

Dapprich ¹⁾ vertritt die Ansicht, dass diese zusätzlichen Form-
erfordernisse zu dem natürlichen Inhalt jeder Betriebsverein-
barung gehören und deshalb als in § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG
gleichfalls geregelt gelten müssen.

Wenn Dapprich hiermit sagen will, dass § 80a Abs. 2 ABG inhalt-
lich mit § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG übereinstimmt und deshalb
ausser Kraft getreten ist, so kann ihm hierin nicht zugestimmt
werden. Zunächst lässt Dapprich unberücksichtigt, dass es
sich bei den zusätzlichen Formerfordernissen in § 80a Abs. 2
ABG um rechtserzeugende Formvorschriften handeln könnte. In
diesem Falle wäre eine inhaltliche Übereinstimmung nicht ge-
geben, da nach § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG nur die schriftliche Nie-
derlegung und die Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung
rechtserzeugende Formelemente sind ²⁾. Aber auch wenn man die
zusätzlichen Formvorschriften des § 80a Abs. 2 ABG nur als Ord-
nungsvorschriften wertet, können sie nicht als in § 52 Abs. 2
S. 2 BetrVG geregelt gelten. Gegen eine solche ausdehnende

1) Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

2) Vgl. Dietz, BetrVG, § 52 Anm. 32. Lediglich die in § 52
Abs. 2 S. 2 angeordnete Auslegung der Betriebsvereinbarung
könnte noch als konstitutives Formelement bewertet werden;
so Küchenhoff, BetrVG, § 52 Anm. 7.

Auslegung des § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG spricht der klare Wortlaut dieser Bestimmung. Da § 80a Abs. 2 ABG somit eine weitergehende Regelung enthält, kann er nicht wegen inhaltlicher Übereinstimmung mit § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG als aufgehoben angesehen werden.

Dapprich will aber wohl etwas anderes. Er sucht nachzuweisen, dass die zusätzlichen Formerfordernisse des § 80a Abs. 2 ABG nicht auf die besondere Eigenart der bergbaulichen Arbeitsordnung zurückzuführen sind und deshalb nicht anzunehmen ist, dass § 80a Abs. 2 ABG nach dem Willen des Gesetzgebers entgegen Art. 31 GG fortgelten soll.

Hierin ist Dapprich zuzustimmen. § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG bestimmt die notwendige Form der Betriebsvereinbarung generellen Inhalts. Die bergbauliche Arbeitsordnung ist eine solche Betriebsvereinbarung. Die zusätzlichen Formerfordernisse des § 80a Abs. 2 ABG wären daher heute nur noch dann zu beachten, wenn sie aus besonderen bergbaulichen oder bergpolizeilichen Gründen erforderlich wären. Nur in diesem Falle könnte angenommen werden, dass § 80a Abs. 2 ABG entgegen Art. 31 GG weitergelten soll. Wie Dapprich ¹⁾ zutreffend darlegt, lassen sich die zusätzlichen Formerfordernisse des § 80a Abs. 2 ABG jedoch nicht aus der besonderen Eigenart der bergbaulichen Arbeitsordnung erklären. Dies ist in Hinblick auf die Angabe des Datums der Niederschrift und das Namens des Betriebes offensichtlich. Die Notwendigkeit schliesslich, den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bezeichnen, ergibt sich für jede Betriebsvereinbarung aus ihrer normativen Wirkung. Der Arbeitnehmer muss die Bestimmungen der Betriebsvereinbarung befolgen und muss deshalb auch erfahren, von welchem Zeitpunkt an er ihnen unterworfen ist.

§ 80a Abs. 2 ABG enthält somit keine bergbauliche Sonderregelung. Es besteht deshalb auch keine Veranlassung zu der Annahme, dass die bergrechtliche Vorschrift entgegen Art. 31 GG fortgelten soll. § 80a Abs. 2 ABG ist vielmehr durch § 52

1) Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.

Abs. 2 S. 2 BetrVG stillschweigend aufgehoben worden ¹⁾).

Nach § 80a Abs. 1 S. 3 ABG erfolgt der Erlass der Arbeitsordnung durch Aushang. Der Aushang der Arbeitsordnung ist also nach dem ABG ein weiteres rechtserzeugendes Formelement ²⁾. Ob dem Aushang auch nach § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG rechtserzeugende Wirkung zukommt, ist umstritten. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass die Betriebsvereinbarung bereits mit ihrer schriftlichen Niederlegung und Unterzeichnung wirksam wird ³⁾. Dem ist zu folgen, da allein diese Auffassung dem Wesen der Betriebsvereinbarung als einer Vereinbarung zwischen den Betriebspartnern gerecht wird. Dem Aushang ist also nach dem BetrVG keine rechtserzeugende Wirkung zuzusprechen ⁴⁾. Die Regelung des ABG steht hierzu in Widerspruch. Da in § 80a Abs. 1 S. 3 ABG keine bergbauliche Sondervorschrift gesehen werden kann, besteht keine Veranlassung, die Fortgeltung dieser Vorschrift entgegen Art. 31 GG anzunehmen. § 80a Abs. 1 S. 3 ABG ist ausser Kraft getreten ^{5), 6)}.

II. Die Bekanntmachung der Arbeitsordnung

Nach § 80g Abs. 2 ABG ist die Arbeitsordnung im Betrieb an geeigneter Stelle auszulegen und in leserlichem Zustand zu halten. In Satz 3 wird dort überdies bestimmt, dass jedem Belegschaftsmitglied bei seinem Eintritt in die Betriebsgemeinschaft ein Exemplar der Arbeitsordnung auszuhändigen ist.

-
- 1) Wie hier Dapprich, aaO, S. 364; a.A. Boldt, Festschrift für Herschel, S. 67.
 - 2) Boldt, Festschrift für Herschel, S. 67.
 - 3) So Meissinger, aaO, § 52 Anm. II 8; Erdmann, aaO, § 52 Anm. 13; Dietz, aaO, § 52 Anm. 33; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 52 Anm. 40; Galperin-Siebert, aaO, § 52 Anm. 17; Hueck-Nipperdey, aaO, II. Bd. S. 789.
 - 4) A.A. Küchenhoff, aaO, § 52 Anm. 7; Kastner bei Bührig, Handbuch der Betriebsverfassung, S. 98; Brecht in BetrBer. 1952, S. 520; LAG Stuttgart in Betrieb 1953, S. 556.
 - 5) So auch Dapprich in Glückauf 1953, S. 364; a.A. Boldt, aaO, S. 67.
 - 6) Zu demselben Ergebnis muss man auch dann gelangen, wenn man dem Aushang nach dem BetrVG konstitutive Wirkung zuspricht, da in diesem Falle die Regelung des ABG der des BetrVG entspricht.

Das BetrVG trifft eine dem § 80g Abs. 2 S. 1-2 ABG entsprechende Regelung in § 52 Abs. 2 S. 2. Nach dieser Vorschrift muss eine Betriebsvereinbarung generellen Inhalts wie die bergbauliche Arbeitsordnung im Betrieb ausgelegt werden ¹⁾. Da somit die Bekanntmachung in beiden Gesetzen übereinstimmend geregelt wird, ist § 80g Abs. 2 S. 1-2 ABG gemäss Art. 31 GG ausser Kraft getreten ²⁾.

Eine dem § 80g Abs. 2 S. 3 ABG entsprechende Bestimmung enthält das BetrVG dagegen nicht ³⁾. Die Form der Bekanntmachung einer Betriebsvereinbarung ist in § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG abschliessend geregelt. § 80g Abs. 2 S. 3 ABG müsste dennoch gemäss Art. 31 GG als aufgehoben gelten, falls nicht die Anwendbarkeit des Art. 31 GG aus besonderen Gründen zu verneinen ist.

Wie bereits dargelegt wurde, verfolgt die bergbauliche Arbeitsordnung auch bergpolizeiliche Zwecke. Es ist aus diesem Grunde unbedingt notwendig, dass jeder Arbeitnehmer Kenntnis von dem Inhalt der Arbeitsordnung besitzt. Dies erscheint durch den Aushang der Arbeitsordnung nicht ausreichend sichergestellt. Zusätzlich soll deshalb jedem Arbeitnehmer ein Exemplar der Arbeitsordnung ausgehändigt werden. § 80g Abs. 2 S. 3 ABG dient somit dem bergpolizeilichen Zweck der Arbeitsordnung. Da die Vorschrift wegen der besonderen Eigenart der bergbaulichen Arbeitsordnung notwendig ist, kann nicht angenommen werden, dass sie durch das BetrVG ausser Kraft gesetzt werden sollte. § 80g Abs. 2 S. 3 ABG gilt daher entgegen Art. 31 GG auch heute noch ⁴⁾.

III. Das Inkrafttreten der Arbeitsordnung

Nach § 80a Abs. 4 ABG tritt die Arbeitsordnung frühestens zwei Wochen nach ihrem Erlass, d.h. nach ihrem Aushang im Betrieb ⁵⁾.

1) Vgl. Meissinger, aaO, § 56 Anm. 3; Dietz, aaO, § 52 Anm. 37a.

2) So auch Boldt, aaO, S. 67; Dapprich, aaO, S. 365.

3) Vgl. Monjou, BetrVG, S. 60.

4) Wie hier auch Boldt, aaO, S. 67; Dapprich, aaO, S. 365.

5) Vgl. § 80a Abs. 1 S. 3 ABG.

in Kraft. Nach dem BetrVG kann demgegenüber eine Betriebsvereinbarung bereits mit ihrer schriftlichen Niederlegung und Unterzeichnung wirksam werden, wenn dies dem Willen der Parteien entspricht. Dies folgt aus § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG. Die Regelung des ABG steht somit im Widerspruch zum BetrVG¹⁾.

Die zweiwöchige Frist in § 80a Abs. 4 ABG erklärt sich aus der Regelung des § 81 Abs. 1 ABG. Nach dieser Vorschrift beträgt die gesetzliche Frist für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwei Wochen. Unter Einhaltung dieser Kündigungsfrist soll der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis vor dem Inrafttreten der Arbeitsordnung lösen können, wenn er mit den Bedingungen der Arbeitsordnung nicht einverstanden ist. Diese Möglichkeit ist dem Arbeitnehmer durch die Berggesetznovelle von 1892 eingeräumt worden, weil er nach den Bestimmungen dieser Novelle keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der Arbeitsordnung besaß. Die Regelung des § 80a Abs. 4 ABG beruht also auf allgemeinen arbeitsrechtlichen Gründen und stellt keine speziell bergbaulich bedingte Sonderregelung dar. Es ist daher nicht anzunehmen, dass diese Bestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers entgegen Art. 31 GG fortgelten soll. § 80a Abs. 4 ABG muss vielmehr als stillschweigend aufgehoben gelten²⁾.

E. Die Abänderung der Arbeitsordnung

Nach § 80a Abs. 3 ABG erfolgt die Abänderung einer bestehenden Arbeitsordnung durch den Erlass einer neuen Arbeitsordnung. Diese Regelung steht im Widerspruch zum BetrVG. Nach diesem Gesetz ist es der Entscheidung des Betriebsrats und des Arbeitgebers überlassen, ob und über welche Angelegenheiten eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen wird. Diesem in § 56 BetrVG niedergelegten Grundsatz entsprechend muss es den Betriebspartnern auch überlassen sein, wann und wie eine beste-

1) Dieser Widerspruch besteht auch dann, wenn man die Auslegung im Rahmen des § 52 Abs. 2 S. 2 BetrVG als rechtserzeugendes Formelement wertet, da auch in diesem Falle die Betriebsvereinbarung nach dem BetrVG früher als nach dem ABG wirksam werden kann, nämlich mit ihrer Auslegung.

2) Wie hier auch Dapprich, aaO, S. 364; a.A. Boldt, aaO, S. 67.

hende Vereinbarung wieder aufgehoben wird. Aus § 56 BetrVG folgt somit, dass eine Betriebsvereinbarung generellen Inhalts auch einseitig, d.h. durch Kündigung seitens eines Betriebspartners aufgehoben werden kann ¹⁾. Das BetrVG regelt also die Materie des § 80a Abs. 3 ABG in abweichender Weise. Dennoch muss die Weitergeltung des § 80a Abs. 3 ABG entgegen Art. 31 GG bejaht werden. Dies folgt aus dem engen Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 80a Abs. 1 S. 1 ABG. Wie bereits dargelegt wurde, gilt der in § 56 BetrVG niedergelegte Grundsatz der Freiwilligkeit in Hinblick auf den Erlass der bergbaulichen Arbeitsordnung nicht. Dementsprechend können auch die aus diesem Grundsatz sich ergebenden Folgerungen in Hinblick auf die bergbauliche Arbeitsordnung nicht gezogen werden. Der Pflicht zum Erlass einer Arbeitsordnung entspricht vielmehr eine Bestandspflicht, die die Kontinuität der Ordnung sicherstellt ²⁾. Diese Kontinuität ist wegen des bergpolizeilichen Zweckes der Arbeitsordnung erforderlich. Die Möglichkeit einer einseitigen Kündigung wäre hiermit unvereinbar. Aus diesem Grunde muss die Fortgeltung des § 80a Abs. 3 ABG entgegen Art. 31 GG bejaht werden ³⁾.

F. Arbeitsordnung und Bergbehörde

Nach § 80 Abs. 1 ABG ist die Arbeitsordnung nach ihrem Erlass der Bergbehörde einzureichen. Diese Vorschrift dient vornehmlich bergpolizeilichen Zwecken. Es soll der Bergbehörde ermöglicht werden, die Gesetzmässigkeit der Arbeitsordnung vor allem in Hinblick auf die bergpolizeilichen Bestimmungen nachzuprüfen. Die Weitergeltung des § 80g Abs. 1 ABG ist wegen des bergpolizeilichen Charakters dieser Vorschrift zu bejahen ⁴⁾.

-
- 1) So die h.L.; vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II.Bd., S. 792 ff; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, aaO, § 52 Anm. 42; Dietz, aaO, § 52 Anm. 27 ff; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 161; Meissinger, aaO, § 52 Anm. 12; Erdmann, aaO, § 52 Anm. 14; BAG, AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG.
 - 2) In demselben Sinne zu anderen Vorschriften Dietz, BetrVG, § 56 Anm. 13a; ders., Festschrift für Nipperdey, S. 161.
 - 3) So auch Boldt, Festschrift für Herschel, S. 68; a.A. Dapprich in Glückauf 1953, S. 364.
 - 4) Wie hier Boldt, aaO, S. 69; Dapprich, aaO, S. 365; ders. in ZfB Bd. 97, S. 110 Anm. 15.

Gleiches gilt für die Bestimmung des § 80 h ABG. Nach dieser Vorschrift kann die Bergbehörde verlangen, dass eine gesetzwidrige Arbeitsordnung durch eine neue ersetzt wird. Hiermit wird die Tatsache berücksichtigt, dass die Arbeitsordnung nicht nur arbeitsrechtlichen, sondern auch bergpolizeilichen Zwecken dient und aus diesem Grunde ihre Ordnungsmässigkeit einer Überwachung durch die Bergbehörde bedarf. Die Bestimmung des § 80 h besitzt somit gleichfalls bergpolizeilichen Charakter und ist deshalb auch heute noch gültig ¹⁾.

G. Ergebnis

Nach dem Erlass des BetrVG sind somit von den hier untersuchten Bestimmungen des ABG - §§ 80a, 80b, 80c Abs. 2, 80d, 80e Abs. 1-2, 80g, 80h - noch folgende Vorschriften in Kraft:

§§ 80a Abs. 1 S. 1, Abs. 3, Abs. 5; 80b; 80c Abs. 2;
80d Abs. 1-2; 80e Abs. 1-2; 80g Abs. 1, Abs. 2
S. 3; 80h.

1) Ebenso Boldt, aaO, S. 69.

Schlussbetrachtung

=====

§ 9: Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung

Zweck dieser Untersuchung war es, den Einfluss der modernen Arbeitsgesetzgebung seit dem Jahre 1933 auf die Geltung der Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung festzustellen. Hierbei wurden berücksichtigt:

das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
vom 20.1.1934;
das Kontrollratsgesetz Nr. 22 vom 10.4.1946;
das Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30.11.1946;
das Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952.

Die Untersuchung hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

- 1) Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit regelte die Materie der §§ 80a ff ABG, wollte diese Vorschriften entgegen Art. 13 WV aber nicht aufheben. Dies folgt aus § 27 AOG. Nur die Anwendbarkeit der §§ 80a ff ABG wurde in unbestimmtem Umfange eingeschränkt.
- 2) Nach dem Jahre 1934 wurden die §§ 80a ff ABG praktisch nicht mehr angewandt. Dies berührte die Gültigkeit dieser Vorschriften jedoch nicht, da unsere Rechtsordnung ein tatsächliches Absterben als Rechtserscheinung nicht kennt.
- 3) Das Kontrollratsgesetz Nr. 22 beeinflusste die Geltung der §§ 80a ff ABG nicht. Gemäss Art. V wollte dieses Gesetz das Recht der Arbeitsordnung nur insoweit regeln, als noch keine gesetzliche Regelung bestand.
- 4) Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 ist das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit mit Wirkung vom 1.1.1947 aufgehoben worden. Hiermit entfiel die bis dahin bestehende Einschränkung der materiellen Gültig-

keit der §§ 80a ff ABG. Von diesem Zeitpunkt an gal-
ten diese Vorschriften daher wieder uneingeschränkt.

- 5) Das Betriebsverfassungsgesetz regelt das Recht der Be-
triebsvereinbarung und damit auch der Arbeitsordnung
abschliessend. Die Vorschriften der §§ 80a ff ABG
gelten heute nur insoweit fort, als sie wegen der be-
sonderen Eigenart der bergbaulichen Arbeitsordnung er-
forderlich sind. Im übrigen sind diese Vorschriften
gemäss Art. 31 GG aufgehoben worden. Dementsprechend
ist mit dem Erlass des Betriebsverfassungsgesetzes
ein grosser Teil der Vorschriften des ABG über die
bergbauliche Arbeitsordnung ausser Kraft getreten.

§ 10: Die Regelung des Rechts der Arbeitsordnung im Lande
Nordrhein-Westfalen

Nach Abschluss dieser Arbeit ist in dem Lande Nordrhein-West-
falen das dort geltende preussische Recht durch Gesetz vom 7.
November 1961 ¹⁾ bereinigt worden. Der § 1 des Bereinigungsge-
setzes bestimmt, dass alle preussischen Rechtsvorschriften
oder Teile von ihnen, die in die Anlage I zu diesem Gesetz
nicht aufgenommen sind, ausser Kraft treten, soweit sie nicht
schon früher ihre Geltung verloren haben. Die Anlage I zu dem
Bereinigungsgesetz ²⁾ enthält unter anderem die Bestimmungen
des ABG, soweit sie in Nordrhein-Westfalen noch Geltung be-
sitzen. Von den Vorschriften der §§ 80a bis 80i ABG sind in
die Anlage nur die Bestimmungen des § 80c Abs. 2 S. 1 und 2
aufgenommen worden ³⁾. Da diese Bestimmungen nur mittelbar dem
Recht der Arbeitsordnung zuzurechnen sind, kann man sagen,
dass im Lande Nordrhein-Westfalen heute das gesamte Arbeits-
ordnungsrecht des ABG nicht mehr gilt.

1) Gesetz zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen gelten-
den preussischen Rechts (Bereinigungsgesetz) - GVBl. NW
S. 325.

2) Die Anlage I ist entsprechend § 1 Abs. 3 des Bereinigungs-
gesetzes im Dezember 1961 als Sonderband des GVBl. NW heraus-
gegeben worden unter dem Titel: Sammlung des in Nordrhein-
Westfalen geltenden preussischen Rechts - Pr.GS.NW.

3) Vgl. Anlage I S. 171/172.

Eine Begründung wird für diese Regelung nicht gegeben. Nur andeutungsweise lässt sich den Anmerkungen, die in der Anlage I zu den einzelnen Paragraphen des ABG enthalten sind, entnehmen, welche Gründe den Gesetzgeber veranlasst haben, die Vorschriften des ABG über die bergbauliche Arbeitsordnung nicht in die Anlage aufzunehmen.

Die Aufnahme der §§ 80f - 80fs, 80i ABG unterblieb, weil diese Bestimmungen bereits vor der Bereinigung durch Gesetz vom 18. Dezember 1920 ¹⁾ ihre Geltung verloren hatten ²⁾; die

Nichtaufnahme hat hier nur deklaratorische Bedeutung. In Anmerkung zu den übrigen Vorschriften ist vermerkt, dass sie "gegenstandslos" seien ³⁾. Dies kann bedeuten, dass der Gesetzgeber diese Vorschriften zwar für formell gültig erachtete, sie aber für bedeutungslos hielt und deshalb aufgehoben hat. Für diese Interpretation spricht einmal die Verwendung des Wortes "gegenstandslos", das nur eine Aussage über die Anwendbarkeit einer Norm, nicht aber über deren formelle Gültigkeit enthält. Hinzu kommt, dass die schon vor der Bereinigung ungültigen §§ 80f - 80fs 80i ABG in den zugehörigen Anmerkungen als bereits "aufgehoben" bezeichnet werden. Hieraus kann man folgern, dass der Gesetzgeber den Worten "gegenstandslos" und "aufgehoben" einen unterschiedlichen Sinn beilegt, dass also die "gegenstandslosen" Bestimmungen nach Ansicht des Gesetzgebers nicht bereits vor der Bereinigung ihre Geltung verloren hatten. Träfe diese Schlussfolgerung zu, würden hiermit die in dieser Arbeit gewonnenen Ergebnisse in Hinblick auf den Einfluss des AOG auf die Geltung der §§ 80a ff ABG in vollem Umfange und in Hinblick auf den Einfluss des BetrVG zumindest teilweise bestätigt.

Ob die Anmerkungen in der Anlage I in diesem Sinne verstanden werden dürfen, lässt sich jedoch nicht eindeutig ermitteln; hierzu bedürfte es umfangreicherer Materialien, als die Anmerkungen sie darstellen. Abschliessend kann daher nur gesagt werden, dass auf Grund der Anmerkungen die Annahme naheliegt,

1) Pr.GS. 1921 S. 97.

2) Vgl. Anlage I S. 172, Anm. zu §§ 80f - 80fs, 80i ABG.

3) Vgl. Anlage I S. 171/172, Anm. zu §§ 80a ff ABG.

dass der Gesetzgeber des Landes Nordrhein-Westfalen die Vorschriften der §§ 80a ff ABG mit Ausnahme des § 80c Abs. 2 S. 1-2 ABG als formell gültig ansah, sie aber für bedeutungslos hielt und deshalb aufgehoben hat.

§ 11: Die Problematik einer Neugestaltung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts

Die Bestimmungen der §§ 80a ff ABG, die nach den Ergebnissen dieser Arbeit heute noch gültig sind, stellen nur noch einen Torso dar. Gleiches gilt in verstärktem Maße für die Regelung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts im Lande Nordrhein-Westfalen wie auch für die Regelung im Lande Hessen, dessen Berggesetz ¹⁾ von den Vorschriften der §§ 80a ff lediglich die Bestimmungen des § 80c Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 übernommen hat. In allen Fällen regeln die verbleibenden Vorschriften das Recht der Arbeitsordnung nur noch unvollständig. Überdies sind sie zum Teil erneuerungsbedürftig, weil sie der Entwicklung des modernen Arbeitsrechts nicht entsprechen.

Es wäre zu erwägen, ob man nicht auf eine spezielle Regelung des Arbeitsordnungsrechts für den Bereich des Bergbaus verzichten sollte. Hierfür spräche die heute relativ geringe Anzahl der bergbaulichen Sondervorschriften, die den Schluss nahelegt, dass die Gegebenheiten des Bergbaus eine spezielle Regelung nicht erfordern. Zweifel an der Notwendigkeit eines speziellen bergbaulichen Arbeitsrechts - und damit auch an der Notwendigkeit des hier erörterten Arbeitsordnungsrechts - äussern Isay ²⁾ und Brockhoff ³⁾. Dennoch vertritt Isay die Auffassung, das bergbauliche Arbeitsrecht - und damit auch das bergbauliche Arbeitsordnungsrecht - müsse solange beibehalten werden, bis das Bundesarbeitsrecht kodifiziert sei. Diese Forderung erscheint inkonsequent. Verneint man - wie

1) Allgemeines Berggesetz für das Land Hessen i.d.F. der Bekanntmachung v. 1.4.1953 (Hess.GVB1. S. 61; ber.S.162 und 1957 S. 1) und der Gesetze v. 9.2.1960 (Hess.GVB1. S. 1) und v. 20.12.1960 (Hess.GVB1. S. 238).

2) Isay, Entwurf eines Bundesberggesetzes, S. 24.

3) Brockhoff in ZfB Bd. 94, S. 83 ff.

Isay - die Notwendigkeit eines speziellen Arbeits- und Arbeitsordnungsrechts für den Bergbau, kann konsequenterweise nur die sofortige Aufhebung des noch bestehenden Torsos gefordert werden. Hält man stattdessen eine "Übergangslösung" für erforderlich, deren Geltungsdauer, wie Isay selbst sagt, "leider nicht abzusehen" ist, so bedeutet dies letztlich, dass man doch die Notwendigkeit einer speziellen Regelung bejaht. Dann aber ist hieran die Forderung zu knüpfen, den bestehenden Torso zu einer in sich geschlossenen Regelung auszugestalten ¹⁾.

Für eine Beibehaltung und Ausgestaltung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts sprechen die hier zu § 80a ABG gemachten Ausführungen ²⁾. Sollte sich der Gesetzgeber in diesem Sinne entscheiden, wäre es empfehlenswert, bei der Neugestaltung das bergbauliche Arbeitsordnungsrecht auf speziell bergbauliche Sondervorschriften zu beschränken. Insbesondere wäre es dann zweckmässig, den Katalog des § 80b ABG und die Vorschriften des § 80d ABG so zu gestalten, dass nur solche Angelegenheiten von der Arbeitsordnung erfasst werden, die aus bergbaulichen und vor allem bergpolizeilichen Gründen einer Regelung bedürften. Bestimmungen über die Form und das Inkrafttreten der Arbeitsordnung würden sich erübrigen, da insoweit eine auch für Bergbaubetriebe ausreichende Regelung im BetrVG gegeben ist. Andererseits müsste wie bisher der Erlass und der Inhalt der Arbeitsordnung zwingend vorgeschrieben werden; andernfalls wäre eine Neugestaltung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts widersinnig, da ihre Notwendigkeit nur mit der Erforderlichkeit der §§ 80a, 80b ABG begründet werden kann.

Ob eine Ausgestaltung der §§ 80a ff ABG in dem hier skizzierten Sinne notwendig und zweckmässig ist, kann und soll im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden. Die Ausführungen sollen nur verdeutlichen, dass die augenblickliche Regelung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts unbefriedigend

1) Eine solche Ausgestaltung der §§ 80a ff ABG fordert Dapprich in Glückauf 1953, S. 364 f.

2) Vgl. S. 61 ff.

ist und eine Entscheidung des Gesetzgebers darüber verlangt, ob das Arbeitsordnungsrecht im Bergbau einer speziellen Regelung bedarf oder ob auch im Bergbau nur die allgemeinen Vorschriften des BetrVG Anwendung finden sollen. Im letzteren Falle sollte der jeweilige Landesgesetzgeber die noch gültigen Vorschriften des §§ 80a - 80i ABG ausdrücklich aufheben. Sollte die Entscheidung zugunsten einer speziellen Regelung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts fallen, so sollte zweckmässigerweise die dann erforderliche Neugestaltung der §§ 80a ff ABG durch ein Bundesgesetz einheitlich für den gesamten Bereich der Bundesrepublik erfolgen. Auf Grund der Art. 74 Ziff. 12 und Art. 72 Abs. 2 GG wäre dies möglich. Eine landesrechtliche Regelung könnte die Gefahr einer Rechtszersplitterung mit sich bringen, da noch weitgehend Zweifel an der Vereinbarkeit einzelner bergrechtlicher Vorschriften mit dem BetrVG bestehen und hieraus Unterschiede in der Gestaltung der Materie entstehen könnten. Im Interesse der Rechtseinheit wäre daher in diesem Falle eine bundesrechtliche Neugestaltung des bergbaulichen Arbeitsordnungsrechts zu empfehlen.

Lebenslauf

Als Sohn des Buchhalters Johann Reich und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Gockel, wurde ich am 3. August 1935 in Dortmund geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. In Dortmund besuchte ich die katholische Volksschule. Infolge der Nachkriegsverhältnisse verzögerte sich mein Übergang zum Gymnasium bis zum Frühjahr 1947. Am 28. Februar 1956 schloss ich meine Schulausbildung mit dem Abitur an dem mathematisch-naturwissenschaftlichen Helmholtz-Gymnasium in Essen ab.

Im Sommersemester 1956 begann ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Universität Köln, an der ich auch das folgende Semester absolvierte.

Vom Sommersemester 1957 bis zum Wintersemester 1959/60 setzte ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Universität Münster fort.

Am 13. Februar 1960 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm meine 1. juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend".

Vom Sommersemester 1960 bis zum Wintersemester 1962/63 studierte ich an der Universität Münster Betriebswirtschaftslehre.

Am 6. November 1962 bestand ich dort die Diplom-Kaufmann-Prüfung mit der Note "befriedigend".

Seit März 1963 bin ich nunmehr als Wirtschaftsjurist tätig.

Gesamtherstellung: **DIE REPROGRAFIE** · Karl Mayer KG.
Stuttgart N Friedrichstraße 45